Government of Canada | Gouvernement du Canada

Competition Bureau

INTELLECTUAL PROPERTY ENFORCEMENT GUIDELINES

Canada

100-07607/

Competition Bureau

INTELLECTUAL PROPERTY ENFORCEMENT GUIDELINES

This publication is also available electronically on the World Wide Web at the following address:
http://competition.ic.ca

For additional copies of this document or specific information on the Bureau's activities, please contact the Competition Bureau's Information Centre:

Competition Bureau
Industry Canada
50 Victoria Street
Hull QC K1A 0C9

Tel.: (819) 997-4282
Toll-free: 1-800-348-5358
TDD (for hearing impaired): 1-800-642-3844
Fax: (819) 997-0324

Web site: **http://competition.ic.gc.ca**
E-mail: **compbureau@ic.gc.ca**

For information specifically on the merger provisions of the *Competition Act*, including those relating to the notification of proposed transactions, please contact:

Mergers Branch
Competition Bureau
Industry Canada
50 Victoria Street
Hull QC K1A 0C9

Tel.: (819) 953-7092
Fax: (819) 953-6169

This publication can be made available in alternative formats upon request. Contact the Competition Bureau at the numbers listed above.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada (Industry Canada) 2000
Cat. No. RG52-34/2000
ISBN 0-662-65224-X
53211B

PRINTED IN CANADA
IMPRIMÉ AU CANADA

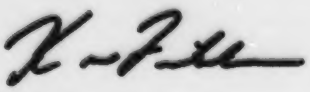
50% recycled material

PREFACE

Intellectual property and intellectual property rights are increasingly important in today's knowledge-based economy. In such an environment, there has been interest in how the Competition Bureau will deal with competition issues involving intellectual property.

Accordingly, the Bureau has made it a priority to provide increased clarity on this subject. In publishing these Guidelines, the Bureau articulates how it approaches the interface between competition policy and intellectual property rights. The Guidelines describe how the Bureau will determine whether conduct involving intellectual property raises an issue under the *Competition Act*. The Guidelines also explain how the Bureau distinguishes between those circumstances that warrant a referral to the Attorney General under section 32 of the *Competition Act*, and those that will be examined under the general provisions.

These Guidelines reflect an extensive consultation process which involved two solicitations of written submissions and two series of cross country round-table discussions with interested stakeholders.



Konrad von Finckenstein
Commissioner of Competition

CONTENTS

Part 1: Introduction 1

Part 2: Overview of IP Law and Competition Law 3

Part 3: Interface Between IP and Competition Law 5

Part 4: Applying the *Competition Act* to Conduct Involving IP 6

Part 5: The Analytical Framework in the Context of IP 11

Part 6: Competition Policy Advocacy 15

Part 7: Application of Competition Law to IP: Hypothetical Examples 16

Competition Bureau Contacts 27

PART 1: INTRODUCTION

Today's economy is increasingly based on knowledge and innovation and driven by rapid advancements in information and communications technologies. New technologies create economic, cultural, social and educational opportunities for people to put ideas to work in innovative ways that increase productivity and create employment and wealth. Adequate protection of intellectual property (IP) plays an important role in stimulating new technology development, artistic expression and knowledge dissemination, all of which are vital to the knowledge-based economy.[1] In this context, IP becomes a valuable asset that firms can use strategically to lessen or prevent competition.

Owners of IP, like owners of any other type of private property, profit from property laws that define and protect owners' rights to exclude others from using their private property. The special characteristics of IP have made it necessary in many instances for governments to develop laws that confer property rights to IP comparable to those for other kinds of private property.

IP laws and competition laws are two complementary instruments of government policy that promote an efficient economy. IP laws provide incentives for innovation and technological diffusion by establishing enforceable property rights for the creators of new and useful products, technologies and original works of expression. Competition laws may be invoked to protect these same incentives from anti-competitive conduct that creates, enhances or maintains market power or otherwise harms vigorous rivalry among firms. Given that competition law may result in limitations on the terms and conditions under which the owners of IP rights may transfer or license the use of such rights to others, and on the identity of those to whom the IP is transferred or licensed, Guidelines seek to clarify the circumstances under which the Bureau would consider such intervention to be appropriate and also illustrate situations that would not call for intervention under the *Competition Act*.

The Bureau has received an increasing number of requests for information on its treatment of IP under the *Competition Act*. This document, the Intellectual Property Enforcement Guidelines, sets out how the Competition Bureau views the interface between IP law and competition law. It also explains the analytical framework that the Bureau uses to assess conduct involving IP.

The Guidelines discuss the circumstances in which the Bureau, under the *Competition Act*, would seek to restrain anti-competitive conduct associated with the exercise of IP rights in order to maintain competitive markets. The approach elaborated in this document is based on the premise that the *Competition Act* generally applies to conduct involving IP as it applies to conduct involving other forms of property.

The Bureau's overall approach to the application of the *Competition Act* to IP is as follows:

- The circumstances in which the Bureau may apply the *Competition Act* to conduct involving IP or IP rights fall into two broad categories: those involving something more than the mere exercise of the IP right, and those involving the mere exercise of the IP right and nothing else. The Bureau will use the general provisions of the *Competition Act* to address the former circumstances and section 32 (special remedies) to address the latter.

---

[1] The Canadian Intellectual Property Office (CIPO) defines intellectual property and summarizes the role of IP rights as follows:
"Ideas, designs, creativity... [that] help us [Canadians] work better, to make finer products and to compete more effectively in world trade. A brisk and orderly exchange of ideas is as important to our economy as the flow of money or goods and services. To promote this exchange, while protecting owners' rights, the Government of Canada considers certain kinds of creative endeavors 'intellectual property.' You can receive legal recognition for these endeavors in much the same way as you receive title to a piece of land."
For more information, see the CIPO Web site (**http://strategis.ic.gc.ca/sc_mrksv/cipo/help/faq_ip-e.html**).

- In either case, the Bureau does not presume that the conduct is anti-competitive, violates the general provisions of the *Competition Act* or should be remedied under section 32.
- The analytical framework that the Bureau uses to determine the presence of anti-competitive effects stemming from the exercise of rights to other forms of property is sufficiently flexible to apply to conduct involving IP, even though IP has important characteristics that distinguish it from other forms of property.
- When conduct involving an IP right warrants a special remedy under section 32, the Bureau will act only in the very rare circumstances described in this document and when the conduct cannot be remedied by the relevant IP statute.

Circumstances will determine how the Bureau uses its enforcement discretion to respond to any alleged contravention of the *Competition Act*. Therefore, individuals contemplating a business arrangement involving IP should either consult qualified legal counsel or contact the Bureau when evaluating the risk of the arrangement contravening the *Competition Act*. The final interpretation of the law rests with the Competition Tribunal and the courts.

When developing these Guidelines, the Bureau considered the current global economic and technological environment and, in particular, the rapid rate of technological change occurring in many industries. The Bureau also took into account its past enforcement experience, Canadian case law, and the approaches taken in the *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* issued by the U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission in 1995, and in other jurisdictions, including the European Union.

The remainder of this document is organized into six parts:

- Part 2 discusses the purpose of IP laws and lists the various statutes that deal with IP, and reviews the purpose of competition law and lists the principal provisions of the *Competition Act* that relate to IP;
- Part 3 discusses the interface between IP law and competition law;
- Part 4 outlines the principles underlying the application of the general provisions and section 32 of the *Competition Act* to business arrangements involving IP;
- Part 5 describes the Bureau's analytical framework, which is sensitive to the particular characteristics of IP;
- Part 6 discusses the Bureau's mandate to promote competition, which may include intervening in proceedings in which IP rights are being defined, strengthened or extended inappropriately; and
- Part 7 presents a series of hypothetical scenarios to illustrate how the Bureau would apply the *Competition Act* to a wide variety of business conduct involving IP.

PART 2: OVERVIEW OF IP LAW AND COMPETITION LAW

2.1 IP Law

Intellectual property laws create legally enforceable private rights that protect to varying degrees the form and/or content of information, expression and ideas. The primary purpose of these laws is to define the scope of these rights and determine under what circumstances they have been infringed upon or violated. By protecting exclusive rights, the IP laws provide an incentive to pursue scientific, artistic and business endeavors which might not otherwise be pursued.

In the Guidelines, IP rights include rights granted under the *Copyright Act*, the *Patent Act*, the *Trade-Marks Act*,[2] the *Industrial Design Act*, the *Integrated Circuit Topography Act* and the *Plant Breeders' Rights Act*.

- The *Copyright Act* confers upon the creator of an original work, for a limited term, exclusive rights to reproduce or communicate that work.
- The *Patent Act* protects an inventor by granting, for a fixed term, the exclusive right to prevent others from making, selling or using an invention.
- The *Trade-Marks Act* allows the registration of distinctive marks and confers upon the owner the exclusive right to use that mark.
- Upon registration of a design, the *Industrial Design Act* confers on the owner the right to limit the production and sale of articles that incorporate the design.
- The *Integrated Circuit Topography Act* confers similar rights for a topography, which is a design for the disposition of an integrated circuit product.

The term *IP rights* also encompasses the protection afforded IP under common law and the Quebec Civil Code, including that given to trade secrets and unregistered trade-marks.

2.2 Competition Law

The principle underlying competition law is that the public interest is best served by competitive markets, which are socially desirable because they lead to an efficient allocation of resources. Competition law seeks to prevent companies from inappropriately creating, enhancing or maintaining market power that undermines competition without offering offsetting economic benefits. Market power refers to the ability of firms to profitably cause one or more facets of competition, such as price, output, quality, variety, service, advertising or innovation, to significantly deviate from competitive levels for a sustainable period of time.[3] However, a firm would not contravene the *Competition Act* if it attains its market power solely by possessing a superior product or process, introducing an innovative business practice or other reasons for exceptional performance.[4]

The provisions of the *Competition Act* that set out when it may be necessary for the Bureau to intervene in a business arrangement, including an

---

[2] Although the same general competition law principles apply to trade-marks as to other forms of IP, the Guidelines are generally concerned with technology transfer and innovation related issues. Consequently, when applying its enforcement approach to trade-marks, the Bureau will additionally consider in its analysis the source and quality differentiation issues that arise in respect of trade-marks.

[3] R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society et al., [1992] 2 S.C.R. (606), defines market power as "the ability to behave relatively independently of the market." DIR v. The NutraSweet Co., (1990) 32 C.P.R. (3d) 1(Comp. Trib.), defines it as the ability to maintain prices above competitive levels for a considerable period.

[4] In the Abuse of Dominance provision of the Act, subsection 79(4) provides that superior competitive performance is a consideration in determining whether a practice has an anti-competitive effect in a market.

arrangement involving IP, fall into two categories: those that cover criminal offenses and those that cover reviewable (civil) matters. Many provisions state that the Bureau must, before it intervenes show that the conduct either substantially or unduly lessens or prevents competition.

Criminal offenses include conspiracy (section 45), bid-rigging (section 47), price maintenance (section 61), price discrimination and predatory pricing (section 50), and some forms of misleading advertising and related deceptive marketing practices (sections 52 to 55).[5]

The provisions on reviewable (civil) matters deal with conduct that is generally pro-competitive but that may, in certain economic circumstances, significantly constrain competition. Reviewable matters include abuse of dominant position (section 79), exclusive dealing, tied selling and market restriction (section 77), refusal to deal (section 75), mergers (section 92), and misleading advertising and related deceptive marketing practices (section 74). As a rule, the Competition Tribunal may order remedies under these provisions if the conduct is likely to substantially lessen or prevent competition.[6]

When a court determines that a firm has contravened the criminal provisions of the *Competition Act*, it can impose fines, imprisonment and prohibition orders.[7] In addition, parties may bring private actions seeking damages. With respect to reviewable (civil) matters, the Competition Tribunal may issue a variety of remedial orders, some of which restrict private property rights. For example, the Tribunal has, in the past, ordered merging firms to divest themselves of assets, including IP, when it concluded that the proposed merger was likely to substantially lessen or prevent competition, thereby overriding the rights of property owners to acquire or dispose of their private property.[8] Similarly, remedies under the abuse-of-dominant-position provisions have involved orders affecting IP.[9]

Section 32, which is in the special remedies part of the *Competition Act*, gives the Federal Court the power, when asked by the Attorney General, to make remedial orders if it finds that a company has used the exclusive rights and privileges conferred by a patent, trade-mark, copyright or registered integrated circuit topography to unduly restrain trade or lessen competition (see section 4.2 of this document for circumstances in which the Bureau may seek to have the Attorney General bring an application under section 32).

When the Federal Court determines that a special remedy is warranted under section 32, it may issue a remedial order declaring any agreement or license relating to the anti-competitive use void, ordering licensing of the IP right (except in the case of trade-marks), revoking the right or directing that other things be done to prevent anti-competitive use. This provision provides the Attorney General with the statutory authority to intervene in a broad range of circumstances to remedy an undue lessening or prevention of competition involving the exercise of statutory IP rights. In practice, the Attorney General likely would seek a remedial order under the *Competition Act* only on the recommendation of the Bureau.

---

[5] With the exception of those for conspiracy and predatory pricing, these provisions do not require proof of market power or anti-competitive effects.

[6] The refusal-to-deal provision (section 75) does not require proof of substantial lessening or prevention of competition. However, it does require that the person's inability to obtain adequate supply is the result of insufficient competition among suppliers.

[7] See DIR, Program of Compliance, Information Bulletin No. 3 (Revised), March 1993, for a detailed discussion of case resolution alternatives.

[8] See DIR v. Southam Inc. (1997), 71 C.P.R. (3d) 417 (S.C.C.), and (1995), 63 C.P.R. (3d) 67 (F.C.A.), aff'd (1992), 47 C.P.R. (3d) 240 (Comp. Trib.).

[9] See DIR v. D&B Companies of Canada Ltd. (1995), 64 C.P.R. (3d) 216 (Comp. Trib.) (hereafter referred to as *Nielsen*).

PART 3: INTERFACE BETWEEN IP AND COMPETITION LAW

3.1 Property Rights

Private property rights are the foundation of a market economy. Property owners must be allowed to profit from the creation and use of their property by claiming the rewards flowing from it. In a market system this is accomplished by granting owners the right to exclude others from using their property, and forcing those wishing to use it to negotiate or bargain in the marketplace for it, thereby rewarding the owner. This creates incentives to invest in developing, and leads to the exchange of, private property, thus contributing to the efficient operation of markets.

3.2 IP Law

IP has unique characteristics that make it difficult for owners to physically restrict access to it and, therefore, exercise their rights over it. The owner of physical property can protect against its unauthorized use by taking appropriate security measures, such as locking it away, but it is difficult, if not impossible, for the creator of a work of art to prevent his or her property from being copied once it has been shown or distributed. This is exacerbated because IP, while often expensive to develop, is often easy and inexpensive to copy. IP is also typically non-rivalrous — that is, two or more people can simultaneously use IP. The fact that a firm is using a novel production process does not prevent another firm from simultaneously using the same process. In contrast, the use of a physical property by one firm prevents concurrent use by another.[10]

Accordingly, IP laws confer on an IP owner the right to unilaterally exclude others from using that property. While each IP statute grants this right to varying degrees and the right may be subject to limitations that vary across statutes, it allows the owners of the IP to maximize its value through trade and exchange in the marketplace. This claim on the rewards flowing from IP enhances the incentive for investment and future innovation in IP as it does for other forms of private property. With the exception of the protections afforded unregistered trade-marks and other common law rights, the legal protection of IP is a function of and does not exist outside the ambit of IP statutory regimes.

3.3 Competition Law

Since the right to exclude, which is the basis of private property rights, is necessary for efficient, competitive markets, the enforcement of the *Competition Act* rarely interferes with the exercise of this basic right. Enforcement action under the *Competition Act* may be warranted when anti-competitive conduct creates, enhances or maintains market power.

3.4 Interface

IP and competition laws are both necessary for the efficient operation of the marketplace. IP laws provide property rights comparable to those for other kinds of private property, thereby providing incentives for owners to invest in creating and developing intellectual property and encouraging the efficient use and dissemination of the property within the marketplace. Applying the *Competition Act* to conduct associated with IP may prevent anti-competitive conduct that impedes the efficient production and diffusion of goods and technologies and the creation of new products. The promotion of a competitive marketplace through the application of competition laws is consistent with the objectives underlying IP laws.

[10] In order to enforce common law property rights, it must be possible to identify the property's owner and to clearly delineate the boundaries of the property. Both tasks can prove problematic in the case of IP. For other kinds of private property, possession can generally be seen as an indication of ownership. However, since many individuals can possess IP simultaneously, it may be difficult to establish the identity of the original creator and true owner of the IP. Furthermore, since IP is generally intangible, it is often difficult to clearly delineate the boundaries of the property. Without a legal delineation of these boundaries, IP owners may have difficulty showing that others have infringed on their property.

PART 4: APPLYING THE *COMPETITION ACT* TO CONDUCT INVOLVING IP

4.1 Overview

In general, the Bureau's analysis for determining whether competitive harm would result[11] from a particular transaction or type of business conduct comprises five steps:

- identifying the transaction or conduct;[12]
- defining the relevant market(s);
- determining if the firm(s) under scrutiny possess market power by examining the level of concentration and entry conditions in the relevant market(s), as well as other factors;
- determining if the transaction or conduct would unduly or substantially lessen or prevent competition in the relevant market(s); and,
- considering, when appropriate, any relevant efficiency rationales.

This analysis applies to all industries and all types of business transactions and conduct, and is sufficiently flexible to accommodate differences among the many forms of IP protection, as well as between IP and other types of property. For example, the Bureau takes differences among the various forms of IP protection into account when defining the relevant market and determining whether a firm has market power. In addition, although IP rights to a particular product or process are often created and protected by statute and are thus different from other forms of property rights, the right to exclude others from using the product or process does not necessarily grant the owner market power. It is only after it has defined the relevant market and examined factors such as concentration, entry barriers and technological change that the Bureau can conclude whether an owner of a valid IP right possesses market power. The existence of a variety of effective substitutes for the IP and/or a high probability of entry by other players into the market (by "innovating around" or "leap-frogging over" any apparently entrenched position) would likely cause the Bureau to conclude that the IP has not conferred market power on its owner.

The Bureau's analysis may reveal that an IP owner does indeed have market power. In general, to violate the *Competition Act* a firm must engage in anti-competitive conduct that creates, enhances or maintains market power. Again, consistent with its approach with respect to all forms of property, the Bureau does not consider an owner of IP to have contravened the *Competition Act* if it attained market power solely by possessing a superior quality product or process, introducing an innovative business practice or other reasons for exceptional performance.

Licensing is the usual method by which the owner of IP authorizes others to use it. In the vast majority of cases, licensing is pro-competitive because it facilitates the broader use of a valuable IP right by additional parties.[13] In assessing whether a particular licensing arrangement raises a competition issue, the Bureau examines whether the terms of the license serve to create, enhance or maintain the market power of either the licensor or the licensee. The Bureau will

[11] For ease of discussion, and unless otherwise indicated, competitive harm is prospective. Note, however, that in many cases competitive harm may be occurring at the time the Bureau is conducting an investigation or may have occurred sometime in the past.

[12] Some of the transactions and conduct that could involve IP include mergers, pooling of licenses, setting standards for products, tied selling and exclusive dealing.

[13] Licensing is a means by which owners trade IP, and it signals the willingness of IP holders to participate in the marketplace. This ability of owners to exchange and transfer IP can enhance the IP's value and increase the incentive for its creation and use. Licensing arrangements also promote the efficient use of IP by facilitating its integration with other components of production, such as manufacturing and distribution.

not consider licensing agreements involving IP to be anti-competitive unless they reduce competition substantially or unduly relative to that which would have likely existed in the absence of the license.

4.2 Enforcement Principles

Specific reference is made to IP rights in a number of provisions of the *Competition Act*.[14] The circumstances in which the Bureau may apply the *Competition Act* to anti-competitive conduct involving IP or IP rights fall into two broad categories: those involving anti-competitive conduct that is something more than the mere exercise of the IP right, and those involving the mere exercise of the IP right and nothing else. The general provisions of the *Competition Act* address the former, while section 32 (special remedies) addresses the latter. The Bureau's approach is consistent with subsection 79(5), which acknowledges that the mere exercise of an IP right is not an anti-competitive act,[15] while acknowledging the possibility that under the very rare circumstances set out in section 32 the mere exercise of an IP right might raise a competition issue.[16]

4.2.1 General Provisions

The mere exercise of an IP right is not cause for concern under the general provisions of the *Competition Act*. The Bureau defines the mere exercise of an IP right as the exercise of the owner's right to unilaterally exclude others from using the IP. The Bureau views an IP owner's use or non-use of the IP also as being the mere exercise of an IP right.

The unilateral exercise of the IP right to exclude does not violate the general provisions of the *Competition Act* no matter to what degree competition is affected. To hold otherwise could effectively nullify IP rights, impair or remove the economic, cultural, social and educational benefits created by them and be inconsistent with the Bureau's underlying view that IP and competition law are generally complementary.

The Bureau applies the general provisions of the *Competition Act* when IP rights form the basis of arrangements between independent entities, whether in the form of a transfer, licensing arrangement or agreement to use or enforce IP rights, and when the alleged competitive harm stems from such an arrangement and not just from the mere exercise of the IP right and nothing else.

Applying the *Competition Act* in this way may limit to whom and how the IP owner may license, transfer or sell the IP, but it does not challenge the fundamental right of the IP holder to do so. If an IP owner licenses, transfers or sells the IP to a firm or a group of firms that would have been actual or potential competitors without the arrangement, and if this arrangement creates, enhances or maintains market power, the Bureau may seek to challenge the arrangement under the appropriate section of the *Competition Act*.[17] Part 7 of this document provides a series of hypothetical examples to illustrate how the Bureau would examine the licensing, transfer or sale of IP under the *Competition Act*.

This approach is consistent with the Competition Tribunal's decisions in both *Tele-Direct*[18] and *Warner*[19] in which the Tribunal held that the mere exercise of the IP right to refuse to license a complainant was not an anti-competitive act. In its decision in

---

[14] Refer to sections 32, 61, 77, 79 and 86.

[15] Subsection 79(5) reads: "For the purpose of this section, an act engaged in pursuant only to the exercise of any right or enjoyment of any interest derived under the *Copyright Act*, *Industrial Design Act*, *Integrated Circuit Topography Act*, *Patent Act*, *Trade-marks Act* or any other Act of Parliament pertaining to intellectual or industrial property is not an anti-competitive act."

[16] The remedies in section 32 are more extensive than those under the general provisions.

[17] This analysis would use the concept of a relevant market as discussed in section 3.1.

[18] DIR v. Tele-Direct (Publications) Inc. and Tele-Direct (Services) Inc. (1997), 73 C.P.R. (3d).

[19] DIR v. Warner Music Canada Ltd. (1997), 78 C.P.R. (3d) 321.

Tele-Direct, the Tribunal indicated that competitive harm must stem from something more than just the mere refusal to license.[20]

Underlying this enforcement approach is the view that market conditions and the differential advantages IP provides should largely determine commercial rewards flowing from the exploitation of an IP right in the market to which it relates. If a company uses IP protection to engage in conduct that creates, enhances or maintains market power as proscribed by the *Competition Act*, then the Bureau may intervene.

When joint conduct of two or more firms lessens or prevents competition, the competitive harm clearly flows from something more than the mere exercise of the IP right to refuse. To the extent that conduct such as conspiracy,[21] bid-rigging, joint abuse of dominance, market allocation agreements and mergers restricts competition among firms actually or potentially producing substitute products or services, the presence of IP should not be a mitigating factor. Such conduct would be subject to review under the appropriate general provision of the *Competition Act*.

A transfer of IP rights that lessens or prevents competition is a further example of a situation in which competitive harm results from something more than the mere exercise of the IP right to refuse. Two examples of this are when a licensor ties a non-proprietary product to a product covered by its IP right, and when a firm effectively extends its market power beyond the term of its patent through an exclusive contract. In either case, if the conduct leads to the creation, enhancement or maintenance of market power so as to substantially lessen or prevent competition, the Bureau may intervene.

Sometimes upon examination, what appears to be just a refusal to license or to grant others access to a firm's IP rights turns out to have included conduct which goes beyond such a refusal. The conduct which goes beyond the unilateral refusal to grant access to the IP could warrant enforcement action under the general provisions of the *Competition Act*. For instance, if a firm acquires market power by systematically purchasing a controlling collection of IP rights and then refuses to license the rights to others, thereby substantially lessening or preventing competition in markets associated with the IP rights, the Bureau could view the acquisition of such rights as anti-competitive and review the matter under either section 79 (abuse of dominance) or section 92 (mergers) of the *Competition Act*. Without the acquisitions, the owner's mere refusal to license the IP rights would have been unlikely to cause concern (see example 7).

4.2.2 *Matters Outside the General Provisions — Section 32*[22]

Only section 32, in the special remedies part of the *Competition Act*, contemplates the possibility that the mere exercise of an IP right may cause concern and result in the Bureau seeking to have the Attorney General bring an application for a special remedy to the Federal Court.

---

[20] In *Tele-Direct* the Competition Tribunal stated that, "The Tribunal is in agreement with the Director that there may be instances where a trade-mark may be misused. However in the Tribunal's view, something more than the mere exercise of statutory rights, even if exclusionary in effect, must be present before there can be a finding of misuse of a trade-mark."

[21] The *Copyright Act* provides that section 45 of the *Competition Act* not apply to any royalties or related terms and conditions arising under certain collective agreements filed with the Copyright Board.

[22] The special remedies provided for under section 32 include declaring any agreement or license relating to the challenged right void, ordering licensing of the right (except in the case of trade-marks), revoking a patent, expunging or amending a trade-mark, or directing that other such acts be done or omitted as deemed necessary to prevent the challenged use.

The Bureau will seek a remedy for the unilateral exercise of the IP right to exclude under section 32 only if the circumstances specified in that section are met and the alleged competitive harm stems directly from the refusal and nothing else. Such circumstances require the Federal Court to balance the interests of the system of protection for IP (and the incentives created by it) against the public interest in greater competition in the particular market under consideration. Generally, the Bureau would recommend to the Attorney General that an application be made to the Federal Court under section 32 when, in the Bureau's view, no appropriate remedy is available under the relevant IP statute.

Enforcement under section 32 requires proof of undue restraint of trade or lessened competition. The Bureau expects such enforcement action would be required only in certain narrowly defined circumstances. The Bureau determines whether the exercise of an IP right meets this threshold by analyzing the situation in two steps.

In the first step, the Bureau establishes that the mere refusal (typically the refusal to license IP) has adversely affected competition to a degree that would be considered substantial in a relevant market that is different or significantly larger than the subject matter of the IP or the products or services which result directly from the exercise of the IP. This step is satisfied only by the combination of the following factors:

i) the holder of the IP is dominant in the relevant market; and,

ii) the IP is an essential input or resource for firms participating in the relevant market — that is, the refusal to allow others to use the IP prevents other firms from effectively competing in the relevant market.

In the second step, the Bureau establishes that invoking a special remedy against the IP right holder would not adversely alter the incentives to invest in research and development in the economy. This step is satisfied if the refusal to license the IP is stifling further innovation.

If factors i) and ii) are present then the IP is the source of dominance in a relevant market and other competitors would be able to participate in the relevant market only by having access to that IP. If the refusal is stifling further innovation then the Bureau would conclude that incentives to invest in research and development have been harmed by the refusal and a special remedy would help realign these incentives with the public interest in greater competition.

The Bureau recognizes that only in very rare circumstances would all three factors be satisfied. A case in which they could arise is in a network industry,[23] when the combination of IP protection and substantial positive effects associated with the size of the network could create or entrench substantial market dominance. In such a situation, IP rights and network externalities can interact to create *de facto* industry standards. Standardization means that the protected technology is necessary for a competitor's products to be viable alternatives. IP protection can effectively exclude others from entering and producing in the market.[24] However, the Bureau still would have to be satisfied that a refusal is stifling further innovation and not simply preventing the replication of existing products before seeking to recommend that the Attorney General bring an application for a special remedy to the Federal Court (see Example 8).

---

[23] A network industry is an industry that exhibits network effects. These effects exist when the value or benefit derived from using a product increases with the number of other users. For example, fax machines exhibit network effects because the value of owning a fax machine clearly depends on the number of compatible fax machines in use.

[24] This does not suggest that markets subject to network effects will inevitably be monopolized. Often, firms form alliances and make a new technology "open" to gain acceptance and build an installed base. These activities tend to be procompetitive if firms that participate in the standard-setting process freely compete with each other in the market.

4.2.3 *Matters Outside the Competition Act*

An illegitimate extension of an IP right could include anti-competitive behavior. This might involve a patent holder claiming that its patent covers products that are not within the scope of its patent. Alternatively, the Bureau may receive complaints that infringement of a legitimate IP right should be justified on competition grounds. Such disputes are best resolved by the appropriate IP authority under the appropriate IP statute (see Example 1).

As outlined in section 4.1 above, the Bureau's analytical approach is sufficiently flexible to accommodate the specific characteristics of IP and the differences in the scope and length of protection extended to different IP rights. The following information highlights how the Bureau takes these factors into account when analyzing a transaction or business conduct involving IP.

PART 5: THE ANALYTICAL FRAMEWORK IN THE CONTEXT OF IP

5.1 Relevant Markets

Relevant markets provide a practical tool for assessing market power.[25] When the anti-competitive concern is prospective (that is, the conduct is likely to have a future anti-competitive effect),[26] relevant markets are normally defined using the hypothetical monopolist test.[27]

When the anti-competitive concern is retrospective[28] (that is, the conduct has already had an anti-competitive effect), applying the hypothetical monopolist test could lead to erroneous conclusions about the availability of substitutes and the presence of market power. Accordingly, the Bureau takes into account the impact of any alleged anti-competitive conduct that may have preceded the investigation when determining the relevant market. In this context, the Bureau analyzes market definition and competitive effects concurrently (see Example 2).

For transactions or conduct involving IP, the Bureau is likely to define the relevant market based on one of the following: the intangible knowledge or know-how that constitutes the IP, processes that are based on the IP rights, or the final or intermediate goods resulting from, or incorporating, the IP.

Defining a market around intangible knowledge or know-how is likely to be important when IP rights are separate from any technology or product in which the knowledge or know-how is used. For example, consider a merger between two firms that individually license similar patents to various independent firms that, in turn, use them to develop their own process technologies. Such a merger may reduce competition in the relevant market for the patented know-how if the two versions of that know-how are close substitutes for each other, if there are no (or very few) alternatives that are close substitutes for the know-how and if there are sufficient barriers that would prevent the development of conceptual approaches that could replace the know-how of the merging firms. This last condition may hold if the scope of the patents protecting the merging firms' know-how is sufficiently broad to prevent others from "innovating around" the patented technologies, or if the development of such know-how requires specialized knowledge or assets that only the two merging firms possess and that potential competitors could not develop or obtain in less than two years.

In cases involving the licensing of IP, the Bureau generally treats the license as the terms of trade under which the licensee is entitled to use the IP. The Bureau does not define a relevant market around a license, but rather focuses on what the legal rights granted to the licensee actually protect.

The Bureau does not define markets based on research and development activity or innovation efforts alone. The Bureau usually concentrates on price or output effects. Conduct that directly reduces the innovation effort of the firms under scrutiny or restricts or prevents the innovation efforts of others may be anti-competitive. The appropriate relevant market definition or definitions will depend specifically on the knowledge or know-how, process, or final or intermediate good toward which the innovation effort is directed.

---

[25] The market definition exercise focuses primarily on demand substitution factors (i.e., possible consumer responses). The Bureau considers the potential constraining influence of firms that can participate in the market through a supply response (i.e., a possible production response) after it has defined the relevant market.

[26] This is generally the case with mergers.

[27] See sections 3.2 and 3.3 of the Competition Bureau's Merger Enforcement Guidelines.

[28] This is generally the case with alleged abuse of dominant position or conspiracy.

5.2 Market Power

Whether a transaction or conduct involving IP results in an increase in market power in the relevant market depends on a number of factors, including the level of concentration, entry conditions, the rate of technological change, the ability of firms to "leap-frog over" seemingly entrenched positions and the horizontal effects, if any, on the market.[29] The order in which the Bureau assesses these factors may vary depending on the section of the *Competition Act* under which the Bureau is examining the transaction or conduct and on the circumstances of the relevant market.

5.2.1 Market Concentration

The Bureau examines the degree of market concentration to get a preliminary indication of the competitiveness of the relevant market. In general, the more firms there are in the relevant market, the less likely it is that any one firm acting unilaterally, or any group of firms acting cooperatively, could enhance or maintain market power through the transaction or conduct being examined. However, a high degree of concentration is not enough to justify the conclusion that the transaction or conduct will create, enhance or maintain market power. This is particularly true of industries with low barriers to entry, a high rate of technological change and a pattern of firms "innovating around" or "leap-frogging over" technologies that had previously controlled a dominant share of a market.

To measure concentration in markets for intermediate or final goods, the Bureau typically calculates the market shares of the firms identified as actual participants in the relevant market. These include the firms identified as offering products that are demand substitutes as well as those that represent potential supply substitutes (i.e., firms that are likely to respond to a price increase in the relevant market within one year with minimal investment).[30] Firms that are unable to respond within one year or whose entry requires significant investment are not considered to be part of the relevant market for purposes of defining the relevant market and assessing market concentration. That said, the potential competitive influence of such firms may be considered as part of the assessment of whether the conduct in question is likely to lessen or prevent competition substantially.

The Bureau generally does not challenge the conduct of a firm (or a group of firms acting together) that possesses less than a 35 percent market share. (Market shares of more than 35 percent are not considered evidence of market power or anti-competitive effect, but merely of circumstances that may warrant further review.) Market share may be calculated based on the firms' entire actual output, total sales (dollars or units) or total capacity (used and unused).[31, 32] However, some of these factors may be difficult to assess in cases involving IP. Accordingly, the Bureau's assessment of market power is likely to focus on qualitative factors such as conditions of entry into the relevant market, whether IP development is resulting in a rapid pace of technological change, the views of buyers and market participants, and industry and technology experts.

---

[29] Part 4 of the Merger Enforcement Guidelines provides a list of other factors the Bureau considers when it assesses market power. These include foreign competition, business failure and exit, the availability of acceptable substitutes, effective remaining competition, removal of a vigorous and effective competitor, and change and innovation.

[30] The following factors are relevant to determining when a firm will divert sales within one year in response to a price increase: the cost of substituting production in the relevant market for current production (i.e., switching costs), the extent to which the firm is committed to producing other products or services, and the profitability of switching from current production.

[31] If the actual participants in the market include firms that, within one year, represent potential sources of supply for the market, then market shares, even in terms of production capacities, may be difficult to accurately estimate. Accordingly, it must be recognized that the market shares attributed to firms whose products are actually sold within the relevant market will overstate the relative market position of these firms in such circumstances.

[32] The Competition Tribunal stated in DIR. v. Laidlaw Waste Systems Ltd. (1992), 40 C.P.R. (3d) 289 (Comp. Trib.) (hereafter *Laidlaw*), that market share calculations based on sales may overstate market power when the market is characterized by excess capacity.

5.2.2 *Ease of Entry*

The Bureau also examines how easily firms can enter the relevant market to determine whether new entrants have the ability to restrain any creation, enhancement or maintenance of market power that may result from a transaction or conduct involving IP. When assessing effects in markets involving IP, conditions of entry are often more important than market concentration. For instance, evidence of a rapid pace of technological change and of the prospect of firms being able to "innovate around" or "leap-frog over" an apparently entrenched position is an important consideration that may, in many cases, fully address potential competition law concerns.

The Bureau also considers the extent to which the transaction or conduct itself erects or has erected barriers to entry or, alternatively, induces or has induced competitors to exit the market (see Examples 3.2 and 4).[33] Entry into markets in which IP is important may be difficult because of the sunk costs associated with developing assets that comprise specialized knowledge. Additionally, IP rights can serve to increase barriers to entry independent of any conduct.[34]

5.2.3 *Horizontal Effects*

In evaluating the competitive effects of conduct that involves an IP right, whether it is a merger transaction, licensing arrangement or other form of contractual arrangement, the Bureau focuses on whether the conduct will result in horizontal anti-competitive effects — consequences for firms producing substitutes or firms potentially producing substitutes (see Examples 3.1, 3.2 and 3.3).

Even though an arrangement may be vertical, such as the acquisition of a retail shoe outlet by a shoe manufacturer or the licensing of the right to use a particular food additive to a food producer, it can still have horizontal effects in a relevant market (see Example 4). If an arrangement is vertical, the Bureau considers whether it is likely to result in horizontal effects among either sellers or buyers.

5.3 Anti-competitive Effects

A transaction or conduct must create horizontal effects for the Bureau to conclude that it is anti-competitive. In this regard, the Bureau analyzes whether the transaction or conduct facilitates a firm's ability to exercise market power, either unilaterally or in a coordinated manner, in the areas such as pricing and output.

Anti-competitive horizontal effects may arise if the transaction or conduct increases competitors' costs. For example, a transaction can prevent, or raise the cost of, competitors' access to important inputs. IP licensing arrangements that involve one firm selling the right to use IP to another are inherently vertical, but can have horizontal effects, particularly if the licensor and licensee would have been actual competitors in the absence of the licensing arrangement. In addition, a transaction or conduct that reduces innovation activity could be anti-competitive if it prevents future competition in a prospective product or process market.

5.4 Efficiency Considerations

A fundamental objective of competition law is to ensure the efficient use of resources through vigorous competition. However, there may be instances in which restrictions on competition can lead to a more efficient use of resources. This may be particularly true of arrangements and transactions involving IP that are inherently vertical and combine complementary factors. Moreover, there may be instances when creating or increasing market power is justified because of the efficiencies created. Indeed, this principle is consistent with

[33] The fact that anti-competitive conduct can create barriers to entry was recognized by the Competition Tribunal in *Laidlaw*.

[34] Of course, the purpose of providing innovators with IP rights is to foster the development of new products. In this sense, IP rights may encourage firms to participate in environments in which technology changes very rapidly.

the protection afforded by IP laws, which foster dynamic efficiency and competition by facilitating the creation of valuable works or processes that result in long-term increases in product selection, quality, output and productivity. In providing incentives for investment, IP laws grant exclusivity to the protected works that may result in temporary market power. Consequently, the Bureau considers both the short-term and long-term efficiency implications of conduct or a transaction when analyzing efficiencies in cases involving IP. Efficiencies are explicitly recognized in section 96 of the *Competition Act* in the context of mergers.[35] In addition, under the abuse-of-dominant-position (section 79) and exclusive dealing, tied selling and market restriction (section 77) provisions,[36] efficiency rationales and business justifications may be relevant to determining whether conduct is, on balance, anti-competitive.[37]

If the Bureau concludes that a merger is likely to substantially lessen or prevent competition in a relevant market, it next considers whether the merger generates efficiencies that offset the anti-competitive effect. The Bureau then determines, in the manner more fully described in the Merger Enforcement Guidelines, the net effect in the relevant market(s) by assessing whether the efficiency benefits are sufficient to offset the anti-competitive effects.

In assessing whether conduct involving IP substantially lessens or prevents competition under the abuse-of-dominant-position or exclusive dealing, tied selling and market restriction provisions, the Bureau considers any pro-competitive effects (efficiencies or business justification) generated by or associated with the conduct. For example, a licensing arrangement between an IP owner and a distributor may restrict *intra*-brand competition, but at the same time further *inter*-brand competition. A licensing arrangement between two potential competitors may result in a new product being developed that would not otherwise have been developed. In each case, the level of competition in the market would be enhanced.[38]

The Bureau also considers whether the firms could have used commercially reasonable means to achieve efficiencies that are or were less harmful to competition. If such alternatives exist, the Bureau would compare the anti-competitive effect of the transaction or conduct to such alternatives. In making this comparison, the Bureau does not attempt to uncover all of the theoretically possible alternatives for achieving the efficiencies. It considers only those means that are commercially reasonable and consistent with the firm's IP rights. The Bureau also considers the impact that using an alternative would have on the firm's ability to exercise its IP rights.

---

[35] Section 95 provides a specific exemption under the merger provisions to research and development joint ventures that satisfy certain criteria outlined in the provision.

[36] While there is no explicit recognition of efficiencies in the conspiracy provisions (section 45) of the *Competition Act*, there are 12 specific defenses to agreements between competitors that may encompass efficiency-enhancing arrangements involving IP. Among these, the following may be more likely to apply to agreements involving IP: the exchange of statistics, the definition of product standards, the size and shapes of product packaging, cooperation in research and development, restrictions on advertising or promotion, measures to protect the environment, and export consortia or s pecialization agreements as defined in section 85(f).

[37] In *Tele-Direct*, the Competition Tribunal stated that, "[w]hat the Tribunal must decide is whether, once all relevant factors have been taken into account and weighed, the act in question is, on balance, 'exclusionary, predatory or disciplinary'. Relevant factors include evidence of the effects of the act, of any business justification and of subjective intent which, while not necessary, may be informative in assessing the totality of the evidence. A 'business justification' must be a 'credible efficiency or pro-competitive' business justification for the act in issue. Further, the business justification must be weighed 'in light of any anti-competitive effects to establish the overriding purpose' of the challenged act..."

[38] In *Nielsen*, the Competition Tribunal held that even if there is some justification for the alleged anti-competitive conduct, this must be weighed against any anti-competitive effects.

PART 6: COMPETITION POLICY ADVOCACY

The Bureau may use its mandate to promote competition and the efficient allocation of resources to intervene in policy discussions and debates regarding the appropriate scope, definition, breadth and length of IP rights. The Bureau may also intervene in Federal Court and Superior Court cases when it believes it is important to bring a competition perspective to proceedings that will not be brought by the parties.

In other proceedings, when the Bureau believes that IP rights could potentially be defined, strengthened or extended inappropriately, the Bureau may intervene to make representations concerning the scope of the protection that should be accorded IP rights.

Part 7 of this document sets out hypothetical situations to illustrate the Bureau's enforcement approach.

PART 7: APPLICATION OF COMPETITION LAW TO IP: HYPOTHETICAL EXAMPLES

Example 1: Alleged Infringement of an IP Right

TAX is a software company that produces and distributes a sophisticated and complex tax management program to help households with their tax planning. As is customary in the software industry, TAX assigns a serial number to each copy of the program that it distributes. A customer may register with TAX by providing the serial number listed on the packaging along with certain personal information. TAX offers upgrades to its software from time to time to respond to changes in the tax code and technology advances, and users need to be registered to receive these upgrades at low prices. If TAX finds that a serial number has been used more than once, it knows that its software has been illegally reproduced. TAX realizes that serial numbers do not prevent duplication but do provide a mechanism for detection, thus weakening incentives to copy. TAX has been selling its product for a number of years and is now widely recognized as a leading producer of tax management software.

More than two years ago, a key member of TAX's software engineering team left the company to start her own software business, called UPSTART. Recently, UPSTART began to market its own tax management program to be used in *conjunction* with TAX's product. UPSTART designed its program to operate as a graphical user interface to TAX's software. Furthermore, relatively minor changes in the tax code can be incorporated into UPSTART's product. As a consequence, for users who already own TAX's product, there is no longer a need to get upgrades from TAX. Instead, they can purchase UPSTART's product for a much lower price and can continue to buy upgrades from UPSTART.

TAX has publicly alleged that UPSTART must have infringed TAX's copyright because it would have been impossible for UPSTART to have created its program without having copied TAX's source code. Despite its claims, TAX has not filed a suit against UPSTART. Instead, TAX has made a formal complaint to the Bureau that UPSTART's conduct is predatory since it has undermined TAX's serial number policy by making it less valuable for users to become registered with TAX. TAX claims that since UPSTART's product came on the market, there has been widespread piracy of TAX's program and, consequently, the market for its product has evaporated.

Analysis

The Bureau would likely conclude that the underlying issue in this case is the possibility that UPSTART infringed TAX's copyright. Therefore, the Bureau would inform TAX that the Bureau does not view the matter as raising any issues under the Competition Act *and would suggest that TAX seek legal advice on other remedies, if any, that might be available.*

Example 2: Price Fixing

Three firms, each of which has developed and owns a patented technique, offer competing cosmetic surgical procedures to treat a particular condition. All three procedures involve several visits to a private clinic over six months, produce no side effects and have approximately equal success rates. The only existing alternative to the three procedures is an expensive medication that causes undesirable side effects in some patients. The three firms have agreed on a minimum price at which each will perform the procedure as well as a minimum fee to license each procedure to third parties. Prior to entering into the agreement, the procedures cost approximately $5,000 each. After the agreement, prices increased to approximately $8,000 on average.

Analysis

The Bureau would likely examine this agreement under the conspiracy provision in section 45 of the Competition Act.

To determine the relevant market, the Bureau would consider, along with other factors, direct evidence of the exploitation of market power, such as the fact that prices increased by $3,000 following the parties' agreement. The Bureau may view this change in price as direct evidence that the three medical procedures are part of the same relevant market and of the parties' collective market power.

The Bureau would also look for evidence that the three firms intended to enter into the agreement, knew its terms and either knew or should have known that it would unduly lessen competition. The Bureau would also seek to assess the effect of the agreement, specifically to determine the extent to which it had added to the market power that the three firms could exercise together. If the Bureau determined that the three firms accounted for 100 percent of the relevant market and that their patents provided effective barriers that would prevent others from entering this market, it would likely conclude that the objective intent and likely effect of the minimum price agreement was to increase or create market power. Given evidence of the parties' intent to enter into the agreement and the market power resulting from the agreement, the Bureau would likely refer the matter to the Attorney General for prosecution under section 45 of the Competition Act.

Example 3.1: Exclusive Licensing

SHIFT recently developed a new gear system for mountain bikes. Two other firms manufacture systems that compete with SHIFT's. All three of these firms manufacture several varieties of bicycle gear systems and are engaged in research and development to improve gear system technology. SHIFT grants licenses for the use of its patented gear system technology to manufacturers of mountain bikes as it does not have the ability to manufacture mountain bikes itself. Demand for mountain bikes is supplied by three large firms, which account for approximately 80 percent of sales, plus six smaller firms. SHIFT has just granted ADVENTURE, the largest mountain bike manufacturer (accounting for 30 percent of sales), an exclusive license to use its new patented gear system technology on its mountain bikes. ADVENTURE does not own or have the ability to develop gear system technology. Although SHIFT's new gear system offers a number of features not available on other current products, the demand for mountain bikes with these new features is uncertain. In addition, ADVENTURE expects to incur significant expense developing and promoting mountain bikes that use SHIFT's new gear system technology. SHIFT has refused requests from other mountain bike manufacturers for a license for this technology. As a result of ongoing research and development, alternative gear system technologies are likely to become available in the future.

Analysis

The Bureau is likely to examine the conduct of both firms under the abuse-of-dominant-position provision (section 79) of the Competition Act.

SHIFT and ADVENTURE relate as supplier and customer, and are neither actual nor potential competitors in the markets for gear systems or mountain bikes. Since the firms do not compete, the exclusive license would likely not lessen competition between the two firms. The Bureau would nonetheless examine the markets for gear systems and mountain bikes to determine if the exclusive license lessened or prevented competition substantially in either or both of those markets.

Even though SHIFT's technology is not available to ADVENTURE's two principal rivals and the markets for gear systems and mountain bikes are concentrated, SHIFT's rivals in the gear system market may still sell to ADVENTURE. Furthermore, the other mountain bike manufacturers have access to other gear systems from SHIFT and to gear systems from other suppliers. The exclusive license may have been granted in consideration for ADVENTURE's agreement to incur significant expense in the development and promotion of mountain bikes that use SHIFT's technology.

In the course of its assessment, the Bureau would consider the competitiveness of the mountain bike market before and after the license. Since SHIFT is not a mountain bike manufacturer and has no obligation to license its gear system to a mountain bike manufacturer, any licensing agreement would enhance competition. In this case, the technology license mandated the development and promotion of mountain bikes using the technology, thereby enhancing competition without in any way limiting the ability of other mountain bike manufacturers to access or use competing technologies. Consequently, the Bureau would conclude, given the facts of this case, that the exclusive license arrangement did not raise any competition issues.

Example 3.2: Foreclosure by Purchaser

Consider a variation on the situation described in Example 3.1, in which ADVENTURE's business has grown to represent approximately 70 percent of mountain bike sales. ADVENTURE has taken advantage of its increasing sales share to independently negotiate long-term exclusive licenses and supply arrangements with the three competing suppliers of mountain bike gear systems. The inability of the competing manufacturers to obtain suitable gear system technology has put a number of them out of business and has substantially cut into the sales of the remaining firms. ADVENTURE has raised the prices of its mountain bikes by 25 percent. Although alternative gear system technologies are under development, it appears unlikely that a viable technology will be tested and in production in less than 36 months.

Analysis

The Bureau is likely to examine ADVENTURE's conduct under the abuse-of-dominant-position provision (section 79) of the Competition Act.

The Bureau would initially determine whether mountain bikes comprised a relevant market and assess whether ADVENTURE substantially or completely controlled the supply of product within that relevant market. The Bureau would likely view the apparent lack of good substitutes and ADVENTURE's high sales share and ability to successfully impose a 25 percent price increase as evidence that ADVENTURE substantially controlled the mountain bike business and that mountain bikes comprise a relevant market.

The Bureau would then consider whether ADVENTURE's exclusive license agreements, through which it precluded its competitors from obtaining an adequate supply of gear systems, constituted anti-competitive conduct. While an exclusive licensing arrangement may enhance competition, as was apparent in Example 3.1, the use of an exclusive licensing arrangement to effectively control the supply of a competitively essential input may be anti-competitive. The Bureau would likely view as anti-competitive the systematic manner in which ADVENTURE prevented its competitors from obtaining access to this vital input through the execution of long-term exclusive licenses with each supplier.

The Bureau would then assess the impact of the exclusive licenses on competition. It would likely conclude that the adverse impact on the ability of other mountain bike manufacturers to compete that resulted from ADVENTURE preventing them from gaining access to proven gear system technology and the manner in which ADVENTURE successfully imposed substantial price increases constituted evidence that ADVENTURE substantially lessened or prevented competition. In the absence of compelling efficiency benefits or business justifications, neither of which are apparent in this case, the Bureau would likely seek to have the exclusive licenses voluntarily terminated. Failing that, the Bureau would likely bring an application before the Competition Tribunal seeking to terminate these licenses.

Example 3.3: Foreclosure by Suppliers

A variation on the situation described in Example 3.2 sees the gear system suppliers, concerned about ADVENTURE's growing purchasing power, enter into an agreement to subdivide the market for mountain bike systems among themselves. To make it easier to monitor compliance, the firms agree to enter into exclusive license agreements, at premium prices, with ADVENTURE. The result of this arrangement is as described in Example 3.2.

Analysis

The Bureau is likely to examine this matter under section 45 as a conspiracy case against the gear system suppliers or under section 79 as a joint abuse-of-dominance case against the gear system suppliers.

A number of factors would influence the Bureau's initial decision to examine and possibly challenge these arrangements, including the existence of any legitimate business justification or efficiency rationale, whether ADVENTURE had been told about the arrangement and the business rationale for it and whether the parties had behaved covertly. If the agreement was a blatant market allocation scheme implemented in a covert manner, the Bureau would likely investigate it under the conspiracy provision. A specialization arrangement, under which each supplier publicly agrees to focus on a particular gear system technology that the parties disclosed to and discussed with ADVENTURE, would likely be investigated as joint abuse of dominance.

The Bureau would initially determine whether gear systems comprised a relevant market and assess whether the gear system suppliers either had market power or completely controlled the supply of product within that relevant market. The Bureau would view the apparent lack of good substitutes for gear systems, and the suppliers' and ADVENTURE's high sales shares and ability to successfully impose price increases as evidence that the gear system suppliers had market power or substantially controlled the gear systems business and that gear systems comprise a relevant market.

If the Bureau was investigating the matter under the conspiracy provision, it would then assess whether the requirements of that section, discussed in Example 2, had been satisfied. If the Bureau was investigating the matter under the abuse-of-dominance provision, it would then assess whether the requirements of that section, discussed in Example 3.2, had been satisfied in terms of the impact of the arrangement on the market for gear system technology and/or the market for mountain bikes. For the reasons discussed in Example 3.2, and in view of the facts of the case, it seems likely that the Bureau would conclude that the arrangement had either unduly or substantially lessened or prevented competition. It would then either refer the matter to the Attorney General (in the case of an investigation under the conspiracy provision) or seek to terminate the market allocation agreement and the exclusive licenses (in the case of an investigation under the abuse-of-dominance provision).

Example 4: Exclusive Contracts

SPICE, by virtue of its international patents, is the sole supplier of Megasalt, a unique food additive that has effectively replaced salt in certain prepared foods in most countries. SPICE's Canadian patent recently expired; however, SPICE still has valid patent protection throughout much of the rest of the world. Shortly before its Canadian patent expired, SPICE signed five-year contracts, which included exclusive supply rights, with its two principal Canadian buyers. These contracts prevent the two buyers, which use Megasalt in specially prepared foods for hospitals and other health care institutions, from combining Megasalt with any other salt substitute on the same product line. SPICE does not have long-term exclusive supply contracts with other buyers of Megasalt in Canada or elsewhere. Recently, NUsalt, a firm that has developed a potential alternative to Megasalt, filed a complaint with the Bureau alleging that SPICE's contracts are preventing NUsalt from manufacturing and marketing its product in Canada. NUsalt claims that SPICE's contracts have "locked up" a substantial part of the market, thereby precluding NUsalt from profitably entering Canada

Analysis

The NUsalt allegations suggest that SPICE, as a result of its contracts with its two largest buyers, is currently exploiting market power within the market for salt substitutes. The Bureau would likely investigate these allegations under the exclusive dealing provision (section 77) or the abuse-of-dominance provision (section 79).

The Bureau would initially determine whether salt substitutes comprise a relevant market. This would entail determining whether salt substitutes are subject to effective competition from other substances (for example, salt) or whether salt substitutes have specific properties and functional characteristics that make salt ineffective as a substitute. The Bureau would then seek to determine whether SPICE substantially controlled the market in which its salt substitutes competed, and then assess SPICE's share of sales and barriers to entry to this market. Among others, the Bureau would consider all of the factors currently preventing alternative suppliers from offering their products to customers in Canada, including the effect of the exclusive supply contracts on the ability of alternative suppliers to obtain sales from a critical mass of customers. Assuming that the Bureau had determined that salt substitutes constitute a relevant market, it would likely conclude that SPICE substantially controlled that market.

The Bureau would then consider whether the exclusive supply contracts, through which SPICE had precluded its principal customers from obtaining salt substitutes from alternative suppliers, constituted exclusive dealing or abuse of dominance. The Bureau would likely conclude that the exclusive supply contracts constituted exclusive dealing. In order to assess whether the formation of these contracts was an anti-competitive act, the Bureau would examine the circumstances surrounding their negotiation and settlement and the extent to which they were exclusionary and intended to erect barriers to effective competition in the relevant market. If the Bureau found that the contracts in this case were intended to hold back a sufficient amount of market demand from potential entrants so that the remaining demand would provide an insufficient volume of sales to cover the cost of entry and future operating costs in Canada, then the Bureau would likely view the execution of the long-term exclusive licenses as anti-competitive.

The Bureau would then assess the impact of the exclusive contracts on competition. In this regard, the adverse impact on the ability of other suppliers of salt substitutes to compete in Canada would be assessed to determine whether the contracts had substantially lessened or prevented competition. If the relevant market is narrowly defined as salt substitutes and SPICE's contracts are preventing the entry of potential salt substitute producers, the Bureau may conclude that the exclusive contracts have substantially lessened competition. By deterring firms from attempting to supply alternative salt substitutes in Canada, the exclusive contracts may cause other buyers in Canada not under contract with SPICE to pay higher prices than they would if SPICE faced effective competition. The magnitude of the decrease in competition would depend on the extent to which the contracts prevent entry and the expected degree of substitution that would exist between Megasalt and alternative salt substitutes, such as NUsalt, if the exclusive contracts did not exist. In general, if the contracts are determined to be the principal barrier to new entry and the new entrants' products are likely to be close substitutes for Megasalt, then the Bureau is likely to conclude that the contracts have substantially lessened competition. However, if the Bureau determines that, notwithstanding the contracts, there is still sufficient demand in Canada or the rest of the world to support effective competitive entry in Canada, then SPICE's exclusive contracts would not be considered to have substantially lessened or prevented competition.

The Bureau would also consider whether there are efficiency reasons or a compelling business justification for SPICE's exclusive contracts. For example, SPICE may have signed these contracts in order to ensure that it would have sufficient sales to justify investing in enough productive capacity to realize economies of scale. Also, the restriction preventing buyers from combining Megasalt with other salt substitutes could have a safety or quality rationale. If the Bureau concludes that SPICE's contracts substantially lessen competition, but that there is also a strong efficiency rationale or business justification for

those contracts that could not be achieved without them being exclusive, the Bureau would not likely challenge the practice under sections 77 or 79 of the Competition Act. *However, if there is no compelling efficiency rationale or business justification for the exclusivity provisions, the Bureau would likely seek to have SPICE's exclusive licenses voluntarily terminated. Failing that, the Bureau would likely bring an application before the Competition Tribunal seeking to terminate these licenses.*

Example 5: Output Royalties

MEMEX currently holds a patent for the design of a memory component it manufactures for use in personal home computers. MEMEX does not manufacture personal computers, but instead sells its memory components and licenses the use of its technology to computer manufacturers. Historically, MEMEX's licensing contracts required that the licensee pay a fee for each MEMEX memory component it installed in a computer. Because of its patent, MEMEX currently faces no competition from other memory component producers wishing to use a similar design; however, MEMEX's patent is to expire within a year and there is speculation that once it expires other firms will begin manufacturing and selling memory components based on MEMEX's design. MEMEX has recently introduced a new license agreement. Under the new agreement, MEMEX grants non-exclusive licenses for the use of its technology and memory components to all personal computer manufacturers for a royalty on every computer shipped, regardless of whether the computer included a MEMEX memory component, and a further fee for every MEMEX memory component the manufacturer installs. MEMEX claims that the previous licensing policy had the unintentional effect of encouraging computer manufacturers to install too few MEMEX memory components, which detracted from computer performance. MEMEX claims that the new licensing practice makes it less expensive for manufacturers to install a more appropriate quantity of memory in computers. To offset the loss in revenue, MEMEX charges a royalty on every computer sold.

Analysis

The Bureau would investigate this case under the abuse-of-dominance provision (section 79).

The Bureau would first determine whether memory components that employ the MEMEX's technology comprise a relevant market and then assess whether MEMEX s ubstantially or completely controls the supply of product within that market. In view of the rapid rate of technological development and intense competition in the production of integrated circuit devices, the Bureau may conclude that the MEMEX technology competes with other memory technologies, that barriers to entry are sufficiently low that the scope of the relevant market extends beyond the MEMEX technology, or that MEMEX is unable to substantially control the supply of products within the specified relevant market. If the Bureau determines that MEMEX faces substantial, effective competition from other suppliers of memory components then it would likely conclude that further investigation is not warranted. If, on the other hand, the Bureau concluded that the memory components supplied by the alternative suppliers are not considered good substitutes and would not allow computer manufacturers to build computers that could compete with those using MEMEX's memory component, the Bureau might determine that further inquiry was warranted.

Assuming that the Bureau determined that the MEMEX technology defines the relevant market and MEMEX substantially controls that market, the Bureau would then consider whether MEMEX's use of its new licensing arrangements constituted anti-competitive conduct. This determination would depend on the specific terms of the contracts and the likely effect they would have on competition in the relevant market. While MEMEX's licensing contracts do not expressly prohibit computer

manufacturers from using memory components based on technology other than MEMEX's, they effectively impose a tax on computer manufacturers who use memory components from both MEMEX and another supplier.[39] *The imposition by a dominant supplier of long-term licensing contracts containing such provisions could preclude competition and maintain the supplier's market power. Accordingly, the Bureau would determine whether these contracts are in widespread use and their duration, and whether the per computer royalty is sufficient to deter computer manufacturers from buying memory components from alternative suppliers.*

If the Bureau determined the relevant market to be memory components based on the MEMEX technology and found MEMEX to have market power, then the Bureau would assess the likely impact of MEMEX's new licensing practice on competition and the price of memory components. If the Bureau determines that this practice would permit MEMEX to exercise a significantly greater measure of market power after its patent expired than would otherwise have been the case, the Bureau would consider MEMEX's efficiency rationale and any other business justification for charging the per computer royalty. In the absence of offsetting efficiency benefits or business justifications, the Bureau would likely seek to have the new licensing practice voluntarily terminated. Failing that, it would likely bring an application before the Competition Tribunal seeking to terminate this practice.

Example 6: A Patent Pooling Arrangement

ABC and ZENIX have each developed a revolutionary new X-ray imaging machine to help diagnose cancer. Each firm has been granted a series of patents on certain components of their respective machines, and the machines themselves are functionally interchangeable. ABC's machine does not infringe on any of ZENIX's patents; however, the design of one of the components of the ZENIX machine may infringe on one of ABC's patents. ABC has threatened to sue ZENIX for patent infringement if ZENIX begins marketing its machine without getting a license from ABC to use the component. ZENIX disputes ABC's claim of patent infringement. However, to avoid a messy court battle, the companies have placed their various patents in a patent pool. The pool has established a $500 licensing fee, which is to be paid to the pool each time an X-ray imaging machine produced by either firm is used in a medical diagnosis. The proceeds from the license fees are split between the two firms according to a predetermined formula. As a result, neither firm is likely to charge medical practitioners less than $500 per procedure.

Analysis

The Bureau would examine this case under the conspiracy provision (section 45) of the Competition Act.

The Bureau recognizes that a patent pooling arrangement may provide pro-competitive benefits by, among other things, clearing blocking patents, avoiding costly infringement litigation, integrating complementary technologies and reducing transaction costs. If a firm is blocked from using its technology because it infringes on another firm's patent, and if it is not possible to "invent around" the blocking patent, then these firms cannot be considered to be horizontal competitors. In this case, ABC claims that a component of the ZENIX machine infringes on one of its patents; ZENIX does not claim that any part of ABC's machine infringes on any of its own patents. Therefore, ABC would be able to use its machine with or without reaching any agreement, including a patent pooling arrangement, with ZENIX. For this reason, the patent pooling arrangement is not necessary in order for the new X-ray imaging machine to be used in the marketplace. A competitively preferable alternative would have ABC simply license the use of its infringed patent to ZENIX. If the patent were truly blocking, a licensing agreement would provide ZENIX with an incentive to innovate around the blocking patent (in order to reduce its costs). ABC, on the other hand, may well wish to license the blocking patent in order to realize greater

[39] A manufacturer who wishes to use alternative memory products in addition to MEMEX memory components must pay twice, once for the alternative component and a second time for the per computer royalty payable to MEMEX.

revenues from its development work and to eliminate the possibility that its patent could be found by the court to be invalid (and therefore of no value). However, if the patent was not blocking, then ZENIX would have no incentive to enter a licensing agreement since, the license fees would represent a net cost to ZENIX which, unlike the patent pooling arrangement, provide no offsetting revenue benefits.

Based on the above analysis, the Bureau would view the patent pool as an unnecessary and anti-competitive commercial arrangement which was not required in order for the new technology to enter the market. The Bureau would assess the strength of ABC's claim that a component on ZENIX's machine infringed on one of its patents. If ABC's claim had merit and ZENIX could not easily "invent around" ABC's patent, then the Bureau would not likely challenge the patent pooling arrangement as it would not lessen competition. If ABC's claim was baseless or if ZENIX could easily "invent around" ABC's patent, the Bureau would challenge the patent pooling arrangement under the conspiracy section of the Competition Act *(section 45) as the patent pool would be, in substance, an agreement to prevent price competition between ZENIX and ABC.*

Example 7: Agreement to Foreclose Complementary Products

There are five major record labels. The largest two, ROCKCO and POPCO, which together account for more than 65 percent of total sales and 70 percent of all major label artists, have formed a joint venture (DISCO) to develop, produce and market a new generation of digital playback devices. The DISCO technology provides a level of sound quality and other features far superior to those offered by existing technologies. DATCO has also developed a digital sound technology with similar high-fidelity qualities, but which is also portable and allows users to record. The costs of the two technologies are similar, but the technologies themselves are incompatible: music digitally encoded in DISCO format must be re-encoded for playback on DATCO's player. Under the terms of their joint venture agreement, ROCKCO and POPCO agree to not release, or license any other person to release, their copyrighted recordings in a digital format other than the DISCO format. Consistent with that agreement, ROCKCO and POPCO have declined DATCO's request for a license to convert and release ROCKCO and POPCO recordings in the DATCO format. The other three record labels predict — correctly — that consumers will be reluctant to purchase the DATCO technology if they are unable to obtain music from either ROCKCO or POPCO in that format. The other record companies are willing to release their recordings in the DATCO format, but find that there is no market for it and are compelled by popular demand to license the DISCO technology in order to release their recordings in the DISCO format. As a result of the foregoing, DATCO's digital sound technology, which reviewers have generally viewed as superior to the DISCO technology, is being withdrawn and DISCO is substantially increasing both the price of the playback equipment that it sells and the royalties charged to the other record companies for the use of the DISCO technology to release recordings in the DISCO format.

Analysis

The Bureau would examine this case under the merger provision (section 92) and/or the abuse-of- dominance provision (section 79) of the Competition Act.

As a first step, the Bureau would consider whether the alleged anti-competitive conduct, namely the refusal of ROCKCO and POPCO to license the reproduction of their copyrighted recordings in the DATCO format, was a mere exercise of their IP rights or involved something more. In this case, the Bureau would likely determine that the terms of the DISCO joint venture agreement and the refusal to license lessen competition and would seek to review that arrangement under either the merger provision or the abuse-of-dominance provision of the Competition Act.

If the Bureau elected to review the joint venture agreement under the merger provision on the basis that the joint venture was, for the purposes of the digital sound business, in substance a merger of the musical recording assets of ROCKCO and POPCO, the review would be carried out in accordance with the Merger Enforcement Guidelines. If, on the other hand, the Bureau elected to review the joint venture agreement under the abuse-of-dominance provision, on the basis that the joint venture agreement established and provided for the joint abuse of a dominant position, the review would be carried out in accordance with the framework and criteria for abuse of dominance outlined in the previous examples. In either case, the Bureau would have to establish the affected relevant market or markets, consider barriers to entry and evidence of market power or dominance, demonstrate a substantial prevention or lessening of competition and assess any business justification or efficiency rationale.

If the Bureau were to proceed under section 79, it would have to establish that the DISCO joint venture has substantial market power in either the market for digital sound technology or digital playback equipment. In addition, it would have to find that the DISCO joint venture had engaged in anti-competitive conduct that substantially lessens or prevents competition. The anti-competitive acts in this case would relate to the acquisition and foreclosure by the DISCO joint venture of access by its competitors to the music in the ROCKCO and POPCO music libraries. Foreclosure of access to these materials is apparently preventing alternative sound recording technologies from acquiring the critical mass of desirable music content required for them to achieve viability. It appears that this conduct may be substantially preventing or lessening competition and leading to the monopolization or the creation of dominance in the markets for digital sound technology and/or digital playback equipment sound reproduction. The foreclosure of other technologies creates market power for DISCO in these markets and is inefficient, as it reduces consumer choice, leads to increases in the royalties paid by the record companies to use this type of technology and increases the price of playback devices. The Bureau would likely seek an order requiring that ROCKCO and POPCO divest themselves of DISCO or that ROCKCO and POPCO license their works for release in alternative formats.

Example 8: Refusal to License a Standard

ABACUS and two other firms were the first to market a spreadsheet for personal computers. Electronic spreadsheet software was one of the applications that established personal computers as an essential tool for business. In the first five years, ABACUS outsold its nearest competitor nearly two to one and its installed base (cumulative sales) grew to 50 percent. In the next two years, its annual market share grew to more than 75 percent and one of the other original firms left the market. At about the same time and after three years of programming, CALCULATOR introduced spreadsheet software that had a number of innovative features not found in ABACUS. However, CALCULATOR soon ran into financial difficulties despite the innovative features and a lower price. CALCULATOR approached ABACUS and requested a licence to copy the words and layout of its menu command hierarchy (for the purpose of this example assume that permission was required since ABACUS had valid IP rights in these works). With permission, CALCULATOR could have relaunched its product with an emulation mode and a key reader, which would have given CALCULATOR the ability to read ABACUS files and ensured compatibility between the two products. ABACUS refused to grant a licence and publicly announced that it would enforce its IP rights against CALCULATOR if it copied the ABACUS hierarchy. In light of this, several other prominent software makers announced that they were discontinuing their spreadsheet development programs.

An important characteristic of spreadsheets that determines their benefits to a purchaser is network effects. Network effects exist if the value of a product increases with the number of others who purchase compatible spreadsheets. Network effects for spreadsheets arise since the greater the size of the network (the installed base of compatible spreadsheets), the greater the number of individuals with whom files can be shared, the greater the variety of complementary products (utilities, software enhancements and macros), the more prevalent consulting and training services and the greater the number of compatible data files.

Analysis

Given the circumstances surrounding this case, ABACUS's refusal to license its IP would constitute a "mere exercise" of its IP rights and would, therefore, be subject to review only under section 32 of the Competition Act.

To establish whether ABACUS's refusal created an undue restraint of trade or lessened competition, the Bureau would determine whether the refusal adversely affected competition in a relevant market that was different or significantly larger than the subject matter of ABACUS's IP rights or the products or services which result directly from the exercise of such IP rights. In this case, competitive harm is alleged in the market for ABACUS-compatible spreadsheets.

Whether the relevant market is determined to be ABACUS-compatible spreadsheets depends on the extent and importance of network effects and switching costs. If network effects are important, consumers that have never purchased a spreadsheet may still purchase the more expensive ABACUS product. Consumers who are already on the ABACUS network may be locked in by the switching costs of joining a new spreadsheet network (for example, their sunk investments in training, files and complementary products) and the loss in network benefits. If network effects and switching costs are material, then existing consumers are likely to stay and new consumers to choose ABACUS even if it is priced above competitive levels.

If the relevant market is determined to be ABACUS-compatible spreadsheets, then ABACUS would be the only producer and thus have 100 percent control of this market. If, in addition, entry barriers were found to be high, which is likely in an industry experiencing network effects, the Bureau would conclude that ABACUS is dominant. In determining whether the installed base of ABACUS contributes materially to entry barriers, the Bureau would consider the pace of innovation and the potential for a new technology to "leap-frog over" ABACUS despite its advantages (that is, its installed base and the switching costs). The Bureau would also endeavor to determine whether there are other efficient avenues for creating compatibility that would not infringe on the IP rights of ABACUS.

If the relevant market is determined to be ABACUS-compatible spreadsheets and the Bureau concluded that the relevant market was significantly larger than the subject matter of ABACUS's IP, and the products which result directly from the exercise of such IP rights, then the Bureau would likely conclude that ABACUS is dominant in the relevant market and that the IP is an essential input for firms participating in the relevant market. On this basis, ABACUS's refusal satisfies the first step of the Bureau's two-step analysis to determine whether it would seek to have an application brought under section 32.

In the second step, the Bureau determines whether ABACUS's refusal to licence its IP would adversely alter firms' incentives to invest in research and development in the economy. In this case, the facts suggest that it is possible that ABACUS's ability to impose incompatibility may have a chilling effect on the development of more advanced spreadsheets. In addition, the choice

by ABACUS of the words and layout of its menu hierarchy was likely arbitrary and likely involved little innovative effort and had little value relative to other substitutes. In the absence of an installed base and switching costs, ABACUS's terms and menu hierarchy would be no better or worse than CALCULATOR's (or any other). It is only after consumers make sunk investments and adoption creates an installed base that ABACUS spreadsheets become the market or standard and that its choice of words and menu interface — required for compatibility with the ABACUS network — creates unintended and unwarranted market power, a situation that can be corrected through enforcement action under section 32. On this basis, the Bureau would likely conclude that a special remedy invoked under section 32 would restore incentives for other firms to engage in research and the development of competing compatible spreadsheet programs.

If the facts of the case suggest potential enforcement under section 32, the Bureau would seek a special remedy that would allow other spreadsheet firms to gain access to the words and layout of ABACUS's menu hierarchy.

COMPETITION BUREAU CONTACTS

For more information, or for copies of this publication, please contact the Competition Bureau's Information Centre.

Tel.: (819) 997-4282
Toll-free: 1-800-348-5358
TDD (for hearing impaired): 1-800-642-3844
Fax: (819) 997-0324
Web site: **http://competition.ic.gc.ca**

Konrad von Finckenstein
Commissioner of Competition
Tel.: (819) 997-3301
Fax: (819) 953-5013
E-mail: **vonfinckenstein.konrad@ic.gc.ca**

Gaston Jorré
Senior Deputy Commissioner
Mergers
Tel.: (819) 994-1863
Fax: (819) 953-6169
E-mail: **jorre.gaston@ic.gc.ca**

Robert A. Morin
Deputy Commissioner
Compliance and Operations
Tel.: (819) 953-7942
Fax: (819) 953-3464
E-mail: **morin.robert.a@ic.gc.ca**

Gwillym Allen
Acting Deputy Commissioner
Economics and International Affairs
Tel.: (819) 953-7218
Fax: (819) 953-6400
E-mail: **allen.gwillym@ic.gc.ca**

André Lafond
Deputy Commissioner
Civil Matters
Tel.: (819) 997-1209
Fax: (819) 953-8546
E-mail: **lafond.andre@ic.gc.ca**

Deputy Commissioner
Criminal Matters
Tel.: (819) 997-1208
Fax: (819) 997-3835
E-mail: **chandler.harry@ic.gc.ca**

Johanne D'Auray
Deputy Commissioner
Fair Business Practices
Tel.: (819) 997-1231
Fax: (819) 953-4792
E-mail: **dauray.johanne@ic.gc.ca**

Nicole Ladouceur
Assistant Deputy Commissioner
Amendments Unit
Tel.: (819) 997-2868
Fax: (819) 953-8535
E-mail: **ladouceur.nicole@ic.gc.ca**

Dianne Clarke
Acting Director
Communications
Tel.: (819) 994-4994
Fax: (819) 953-1877
E-mail: **clarke.dianne@ic.gc.ca**

Tandy Muir-Warden
Director
Management Policy and Services
Tel.: (819) 997-1073
Fax: (819) 994-7588
E-mail: **muirwarden.tandy@ic.gc.ca**

Gouvernement du Canada | Government of Canada

Bureau de la concurrence

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE LIGNES DIRECTRICES POUR L'APPLICATION DE LA LOI

Canada

BUREAU DE LA CONCURRENCE

Bureau de la concurrence

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE LIGNES DIRECTRICES POUR L'APPLICATION DE LA LOI

Cette publication est également offerte par voie électronique sur le Web à l'adresse suivante : **(http://concurrence.ic.gc.ca)**.

Pour obtenir d'autres exemplaires de ce document ou des renseignements précis sur les activités du Bureau, s'adresser au Centre des renseignements du Bureau de la concurrence :

Bureau de la concurrence
Industrie Canada
50, rue Victoria
Hull (Québec) K1A 0C9

Téléphone : (819) 997-4282
Numéro sans frais : 1 800 348-5358
ATS (pour malentendants) : 1 800 642-3844
Télécopieur : (819) 997-0324

Courriel : **burconcurrence@ic.gc.ca**
Site Web : **http://concurrence.ic.gc.ca**

Pour obtenir des renseignements sur les dispositions de la *Loi sur la concurrence* relatives aux fusionnements, y compris celles qui ont trait à la présentation d'un avis de transaction proposée, s'adresser à la :

Direction des fusionnements
Bureau de la concurrence
Industrie Canada
50, rue Victoria
Hull (Québec) K1A 0C9

Téléphone : (819) 953-7092
Télécopieur : (819) 953-6169

On peut obtenir cette publication sur demande sous une forme adaptée aux besoins des personnes handicapées. Communiquer avec le Bureau de la concurrence aux numéros ci-dessus.

N° de catalogue : RG52-34/2000
ISBN 0-662-65224-X
53211B

IMPRIMÉ AU CANADA
PRINTED IN CANADA

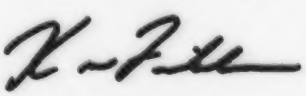
Contient 50 p. 100
de matières recyclées

PRÉFACE

La propriété intellectuelle et les droits dans ce domaine jouent un rôle de plus en plus important dans l'économie d'aujourd'hui, qui est fondée sur le savoir. Dans un tel contexte, les gens tiennent de plus en plus à savoir comment le Bureau de la concurrence réglera les questions de concurrence touchant la propriété intellectuelle.

Le Bureau s'est donc fixé comme priorité de rendre ses pratiques encore plus transparentes. La publication des présentes lignes directrices permet au Bureau d'expliquer clairement comment il traite les relations entre la politique de concurrence et les droits de propriété intellectuelle. Ce document décrit comment le Bureau déterminera si un comportement donné en matière de propriété intellectuelle pose un problème par rapport à la *Loi sur la concurrence*. On y explique également comment le Bureau fait la distinction entre les cas où le renvoi au procureur général est justifié en vertu de l'article 32 de la *Loi sur la concurrence*, et ceux qui seront examinés conformément aux dispositions générales.

Ces lignes directrices sont le fruit d'une vaste consultation dans le cadre de laquelle deux demandes de soumissions écrites ont été faites et deux séries de tables rondes ont été organisées dans tout le pays avec les intervenants intéressés.



Konrad von Finckenstein
Commissaire de la concurrence

TABLE DES MATIÈRES

Partie 1 : Introduction 1

Partie 2 : Aperçu du droit de la propriété intellectuelle et du droit de la concurrence 3

Partie 3 : Relations entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence 6

Partie 4 : Application de la *Loi sur la concurrence* aux pratiques touchant la PI 8

Partie 5 : Cadre d'analyse dans le contexte de la PI 13

Partie 6 : Promotion de la politique de concurrence 18

Partie 7 : Application du droit de la concurrence à la PI : exemples hypothétiques 19

Personnes-ressources au Bureau de la concurrence 31

PARTIE 1 : INTRODUCTION

L'économie actuelle est de plus en plus fondée sur le savoir et l'innovation et poussée par l'évolution rapide des technologies de l'information et de la communication. Les nouvelles technologies créent des possibilités économiques, culturelles, sociales et pédagogiques pour que les gens contribuent de leurs idées au travail d'une façon innovatrice qui augmente la productivité et crée de l'emploi et de la richesse. Le fait que la propriété intellectuelle (PI) soit bien protégée joue un rôle important dans la stimulation du développement de nouvelles technologies, l'expression artistique et la diffusion du savoir essentiels aux économies axées sur le savoir[1]. Dans ce contexte, la PI devient un atout précieux que les entreprises peuvent utiliser de manière stratégique pour diminuer ou empêcher la concurrence.

Les titulaires d'une PI, comme les propriétaires de toute autre propriété privée, bénéficient des lois sur la propriété, qui définissent et protègent les droits des titulaires d'empêcher les autres d'utiliser leur propriété privée. Les caractéristiques particulières de la PI ont fait que les gouvernements ont dû, dans bien des cas, instaurer des lois qui confèrent à la PI des droits de propriété comparables à ceux d'autres sortes de propriété privée.

Les lois sur la PI et celles sur la concurrence constituent deux instruments complémentaires de la politique gouvernementale qui favorisent l'efficience économique. Les lois sur la PI fournissent des incitatifs à l'innovation et à la diffusion technologique en établissant des droits de propriété exécutoires à l'intention des créateurs de produits nouveaux et utiles, de technologies et d'œuvres originales. On peut invoquer les lois sur la concurrence pour protéger ces stimulants contre toute pratique anticoncurrentielle qui crée, maintient ou renforce une puissance commerciale ou fait autrement obstacle à une rivalité vigoureuse entre les entreprises. Étant donné que le droit de la concurrence peut avoir pour résultat de limiter les modalités et les conditions en vertu desquelles les titulaires de droits de PI peuvent transférer ou octroyer une licence à d'autres relativement à l'utilisation de tels droits et vu l'identité des personnes à qui la PI a été transférée ou octroyée sous licence, les présentes lignes directrices cherchent à clarifier les circonstances où le Bureau considérerait une intervention appropriée et illustrent également des situations qui ne nécessiteraient pas une intervention en vertu de la *Loi sur la concurrence*.

Le Bureau de la concurrence a reçu un nombre croissant de demandes de renseignements sur la façon dont il traite la PI en vertu de la *Loi sur la concurrence*. Les présentes lignes directrices présentent comment il perçoit les relations entre le droit de PI et celui de la concurrence. On y explique également le cadre d'analyse dont il se sert pour évaluer les pratiques touchant la PI.

Les lignes directrices examinent les circonstances où le Bureau, en vertu de la *Loi sur la concurrence*, chercherait à modérer des agissements anticoncurrentiels associés à l'exercice de droits de PI afin de maintenir les marchés concurrentiels. L'approche élaborée dans le présent document se fonde sur l'hypothèse que la *Loi sur la concurrence* s'applique en général aux comportements touchant la PI comme à ceux concernant d'autres types de propriété.

---

[1] L'Office de la propriété intellectuelle du Canada (OPIC) définit la propriété intellectuelle et résume le rôle de la PI de la façon suivante :

> Idées, dessins, créativité... [qui] nous [Canadiens] permettent de mieux travailler, de fabriquer des produits plus raffinés et de soutenir plus efficacement la concurrence sur les marchés mondiaux. Notre économie a autant besoin d'un échange vif et structuré d'idées que de capitaux ou de biens et de services. Pour favoriser un tel échange, tout en protégeant les droits des titulaires, le gouvernement du Canada englobe certains types d'ouvrages créatifs dans le domaine de la propriété intellectuelle. Vous pouvez faire reconnaître légalement ces ouvrages à peu près de la même manière que vous obtenez un titre de propriété pour un terrain.

Pour de plus amples renseignements, visitez le site Web de l'OPIC :
http://strategis.ic.gc.ca/sc_mrksv/cipo/help/faq_ip-f.html

Voici l'approche globale du Bureau quant à l'application de la *Loi sur la concurrence* à la PI :

- Les circonstances où le Bureau peut appliquer la *Loi sur la concurrence* à des comportements touchant la PI ou les droits de PI entrent dans deux grandes catégories : celles qui supposent plus que le simple exercice d'un droit de PI et celles qui supposent le simple exercice d'un tel droit, sans plus. Le Bureau utilisera les dispositions générales de la *Loi sur la concurrence* pour traiter des premières et l'article 32 (recours spéciaux) dans le second cas.
- Dans l'une ou l'autre éventualité, le Bureau ne présume pas que le comportement lui-même est anticoncurrentiel, qu'il est contraire aux dispositions générales de la *Loi sur la concurrence* ou qu'il devrait faire l'objet d'un recours en vertu de l'article 32.
- Le cadre analytique que le Bureau emploie pour déterminer la présence d'effets anticoncurrentiels ayant pour cause l'exercice de droits à l'égard d'autres formes de biens est assez souple pour s'appliquer à des pratiques touchant la PI, même si cette dernière présente d'importantes caractéristiques qui la distinguent des autres formes de biens.
- Lorsqu'un comportement touchant un droit de PI justifie un recours spécial en vertu de l'article 32, le Bureau n'interviendra que dans de très **rares** occasions décrites dans le présent document et seulement quand d'autres recours ne sont pas possibles en vertu de la loi pertinente en matière de PI.

Les circonstances dicteront la façon dont le Bureau se servira de son pouvoir d'application discrétionnaire afin de répondre à toute violation présumée de la *Loi sur la concurrence*. Par conséquent, les personnes qui envisagent de conclure une entente commerciale où une PI est en jeu devraient avoir recours aux services d'un conseiller juridique qualifié ou communiquer avec le Bureau lorsqu'elles veulent évaluer le risque que cette entente contrevienne à la *Loi sur la concurrence*. L'interprétation définitive de la loi est du ressort du Tribunal de la concurrence et des tribunaux.

Lors de l'élaboration des présentes lignes directrices, le Bureau a pris en considération le contexte économique et technologique mondial actuel et, plus particulièrement, la rapidité de l'évolution technologique dans de nombreuses industries. Il s'est aussi inspiré de son expérience passée en matière d'application de la jurisprudence canadienne ainsi que de l'approche adoptée dans les *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* (Lignes directrices pour l'octroi de licences relatives à la propriété intellectuelle) publiées par le ministère américain de la Justice et la Federal Trade Commission (Commission fédérale du commerce) des États-Unis en 1995 de même que de l'attitude adoptée par d'autres autorités, notamment l'Union européenne.

La suite du document est divisée en six parties :

- la partie 2 traite des lois sur la PI et énumère les textes législatifs portant sur la PI; on y examine l'objet du droit de la concurrence en précisant les principaux articles de la *Loi sur la concurrence* qui touchent la PI;
- la partie 3 décrit la relation entre le droit de la PI et le droit de la concurrence;
- la partie 4 résume les principes qui sous-tendent l'application des dispositions générales et de l'article 32 de la *Loi sur la concurrence* aux ententes commerciales touchant la PI;
- la partie 5 décrit le cadre d'analyse du Bureau qui est conscient des caractéristiques particulières de la PI;
- la partie 6 rappelle le mandat confié au Bureau, qui est de favoriser la concurrence, ce qui peut comprendre l'intervention dans une poursuite où les droits de PI sont définis, renforcés ou étendus de façon inappropriée;
- la partie 7 présente une série de scénarios hypothétiques illustrant la façon dont le Bureau appliquerait la *Loi sur la concurrence* à une gamme de pratiques commerciales touchant la PI.

PARTIE 2 : APERÇU DU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET DU DROIT DE LA CONCURRENCE

2.1 Droit de la propriété intellectuelle

Les lois sur la propriété intellectuelle instaurent des droits privés ayant force exécutoire qui protègent à divers degrés la forme et/ou le contenu de l'information, de l'expression et des idées. Elles visent principalement à définir la portée de ces droits et à déterminer dans quelles circonstances il y a été porté atteinte. En protégeant des droits exclusifs, les lois sur la PI fournissent un incitatif à poursuivre des efforts scientifiques, artistiques et commerciaux qui pourraient ne pas être poursuivis autrement.

Dans les présentes lignes directrices, les droits de PI comprennent les droits accordés en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*, la *Loi sur les brevets*, la *Loi sur les marques de commerce*[2], la *Loi sur les dessins industriels*, la *Loi sur les topographies de circuits intégrés* et la *Loi sur la protection des obtentions végétales*.

- La *Loi sur le droit d'auteur* confère à l'auteur d'une œuvre originale, pour une période limitée, le droit exclusif de reproduire ou de faire connaître cette œuvre.
- La *Loi sur les brevets* protège un inventeur en lui concédant, pour une durée limitée, le droit exclusif d'exclure d'autres personnes de la fabrication, de la vente ou de l'utilisation d'une invention.
- La *Loi sur les marques de commerce* permet l'enregistrement d'une marque distinctive et confère au propriétaire le droit exclusif d'employer cette marque.
- Lorsqu'un dessin est enregistré, la *Loi sur les dessins industriels* confère au titulaire le droit de limiter la production et la vente d'articles qui incorporent ce dessin.
- La *Loi sur les topographies de circuits intégrés* confère des droits similaires pour une topographie, qui est un dessin de la disposition des circuits intégrés d'un produit.

L'expression droits de PI comprend également la protection fournie à la PI en vertu de la common law et du *Code civil du Québec*, y compris celle offerte aux secrets commerciaux et aux marques de commerce non déposées.

2.2 Droit de la concurrence

Le droit de la concurrence repose sur le principe que l'intérêt public est mieux servi par des marchés concurrentiels. Ceux-ci sont socialement désirables parce qu'ils entraînent une allocation efficiente des ressources. Le droit de la concurrence cherche à empêcher les entreprises de créer, maintenir ou renforcer de façon inopportune une puissance commerciale qui affaiblirait la concurrence sans offrir d'avantages économiques en compensation. La puissance commerciale désigne la capacité d'une entreprise de faire en sorte qu'une ou plusieurs variables de la concurrence comme le prix, la production, la qualité, la diversité, le service, la publicité ou l'innovation dévient de façon significative des niveaux de concurrence pendant longtemps[3] et à son

---

[2] Bien que les mêmes principes généraux de droit de la concurrence s'appliquent aux marques de commerce comme aux autres formes de PI, les lignes directrices se préoccupent généralement des questions relatives au transfert de technologie et à l'innovation. Par conséquent, lors de l'application de son approche d'exécution aux marques de commerce, le Bureau considérera de plus, dans son analyse, les questions relatives à la source et à la différenciation quant à la qualité.

[3] R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society et autres, [1992] 2 R.C.S. 606), définit la puissance commerciale comme étant « la capacité d'agir de manière assez indépendante du marché ». Dans D.E.R. c. The NutraSweet Co., CT-89/2 (Tribunal de la concurrence), la puissance commerciale est associée à la capacité de maintenir des prix supérieurs aux niveaux concurrentiels pendant une longue période.

avantage. Cependant, une entreprise ne dérogerait pas à la *Loi sur la concurrence* du fait qu'elle acquerrait sa puissance commerciale seulement en possédant un produit ou un procédé supérieur aux autres, en instaurant une pratique commerciale novatrice ou pour d'autres raisons qui lui permettraient d'obtenir des résultats exceptionnels[4].

Les dispositions de la *Loi sur la concurrence* qui définissent les circonstances où il peut être nécessaire pour le Bureau d'intervenir dans une entente commerciale, y compris dans une entente concernant la PI, entrent dans deux catégories : l'une qui porte sur les infractions criminelles et l'autre qui a trait aux affaires (civiles) susceptibles d'examen. Bon nombre de ces dispositions précisent que le Bureau doit faire ressortir, avant d'intervenir, que la conduite a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement ou indûment la concurrence.

Les infractions criminelles incluent le complot (article 45), le truquage des offres (article 47), le maintien des prix (article 61), la discrimination par les prix et les prix d'éviction (article 50) ainsi que certaines formes de publicité trompeuse et les pratiques commerciales déloyales qui y sont associées (articles 52 à 55)[5].

Les dispositions relatives aux affaires (civiles) susceptibles d'examen concernent les agissements qui sont généralement favorables à la concurrence mais qui, dans certaines circonstances économiques, la limitent considérablement. Les affaires susceptibles d'examen comprennent l'abus de position dominante (article 79), l'exclusivité, les ventes liées et la limitation du marché (article 77), le refus de vendre (article 75) et les fusionnements (article 92) ainsi que la publicité trompeuse et des pratiques commerciales trompeuses qui y sont associées (article 74). En règle générale, le Tribunal de la concurrence peut ordonner des mesures correctives en vertu de ces articles si cette conduite a vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence[6].

Quand un tribunal détermine qu'une entreprise a violé les dispositions criminelles de la *Loi sur la concurrence*, il peut infliger des amendes, l'emprisonnement ou rendre des ordonnances d'interdiction[7]. De plus, les parties peuvent intenter une poursuite privée en dommages-intérêts. En ce qui concerne les affaires (civiles) susceptibles d'examen, le Tribunal de la concurrence peut rendre diverses ordonnances correctives dont certaines limitent les droits de propriété privée. Par exemple, le Tribunal a déjà ordonné à des entreprises en fusionnement de se départir d'actifs, notamment de la PI, quand il concluait que le fusionnement proposé allait probablement diminuer ou empêcher sensiblement la concurrence, annulant ainsi les droits des titulaires de propriété d'acheter ou de vendre leur propriété privée[8]. De même, des mesures correctives prises en vertu des dispositions sur l'abus de position dominante ont inclus des ordonnances touchant la PI[9].

L'article 32, qui se trouve dans la partie des recours spéciaux de la Loi sur la concurrence, donne à la Cour fédérale le pouvoir de rendre des ordonnances correctives, à la demande du procureur général, lorsqu'elle estime qu'une entreprise a fait usage des droits d'exclusivité et des privilèges exclusifs qu'un

[4] Dans le cas de l'article de la Loi relatif à l'abus de position dominante, le paragraphe 79(4) stipule qu'un rendement concurrentiel supérieur est considéré lorsqu'il s'agit de déterminer si une pratique a un effet anticoncurrentiel sur un marché.

[5] À l'exception de ceux sur les complots et les prix d'éviction, ces articles n'exigent pas de preuve quant à la puissance commerciale ou aux effets anticoncurrentiels.

[6] La preuve de diminution notable ou d'empêchement de la concurrence n'est pas nécessaire dans le cas du refus de vendre (article 75). Toutefois, cette situation exige que l'incapacité d'une personne de se procurer l'approvisionnement adéquat soit le résultat du manque de concurrence entre les fournisseurs.

[7] Voir D.E.R., Programme de conformité, bulletin d'information nº 3 (révisé), mars 1993, pour un exposé détaillé d'autres instruments de règlement des cas.

[8] Voir D.E.R. c. Southam Inc. [1997] 1 R.C.S. 748 (C.S.C.); CT-90/1 (Tribunal de la concurrence).

[9] Voir D.E.R c. D&B Companies of Canada Ltd. CT-94/1 (Tribunal de la concurrence), ci-après Nielsen.

brevet, une marque de commerce, un droit d'auteur ou une topographie de circuit intégré lui ont conférés pour restreindre indûment le commerce ou diminuer la concurrence (voir la section 4.2 du présent document relativement aux circonstances où le Bureau peut demander au procureur général de présenter une demande en vertu de l'article 32).

Lorsque la Cour fédérale détermine qu'un recours spécial est justifié en vertu de l'article 32, elle peut rendre une ordonnance corrective qui déclare nul tout accord ou licence relatif à l'usage anticoncurrentiel, ordonne la concession de licences relativement au droit de PI (sauf dans le cas des marques de commerce), révoque le droit ou commande qu'autre chose soit faite pour empêcher l'usage anticoncurrentiel. Cette disposition accorde au procureur général le pouvoir d'intervenir dans de nombreuses situations pour faire en sorte que la concurrence ne soit ni empêchée ni diminuée indûment relativement à l'exercice des droits de PI accordés par la loi. Dans la pratique, le procureur général ne chercherait probablement une mesure corrective en vertu de la *Loi sur la concurrence* que sur la recommandation du Bureau.

PARTIE 3 : RELATIONS ENTRE LE DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET LE DROIT DE LA CONCURRENCE

3.1 Droits de propriété

Les droits de propriété privée forment la base de toute économie de marché. En effet, les propriétaires doivent être en mesure de tirer avantage de la création et de l'utilisation de leur propriété en profitant des bénéfices qui en découlent. Dans une économie de marché, cela se fait en donnant au propriétaire le droit d'interdire à des tiers d'utiliser sa propriété et de forcer ceux qui souhaitent en faire usage à négocier sur le marché et puis à le rémunérer. Cela engendre des incitatifs à investir dans la mise en valeur d'une propriété privée et conduit à en faire l'échange, ce qui contribue au bon fonctionnement des marchés.

3.2 Droit de la propriété intellectuelle

La PI possède des caractéristiques singulières qui font en sorte que le titulaire du droit peut difficilement en restreindre l'accès physique et, par conséquent, y exercer ses droits. Le propriétaire d'une propriété matérielle peut la protéger contre toute utilisation non autorisée en prenant des mesures de sécurité appropriées, par exemple la mettre sous clé, mais il est ardu, voire impossible, pour une personne qui crée une œuvre artistique, d'empêcher que son bien soit copié une fois qu'il a été montré ou diffusé. C'est pire encore du fait que la PI, souvent onéreuse à mettre en valeur, n'est que trop facile et peu coûteuse à copier. La PI est aussi typiquement non exclusive — c'est-à-dire que deux personnes ou plus peuvent l'utiliser en même temps. Le fait qu'une entreprise emploie un nouveau procédé de fabrication n'empêche pas une autre d'y recourir en même temps. En revanche, l'utilisation d'une propriété matérielle par une entreprise en empêche l'utilisation concurrentielle par une autre[10].

Par conséquent, les lois sur la PI confèrent au titulaire d'une PI le droit d'empêcher unilatéralement des tiers d'utiliser cette propriété. Bien que chaque loi sur la PI accorde ce droit à différents degrés et que le droit puisse être soumis à des restrictions qui changent d'une loi à l'autre, cela permet au titulaire d'une PI d'en maximiser la valeur par le commerce et l'échange sur le marché. Ce droit de tirer des bénéfices de la PI augmente l'incitatif à investir et à innover dans la PI, à l'avenir, comme dans tout autre type de propriété privée. À l'exception des protections accordées aux marques de commerce non déposées et à d'autres droits régis par la common law, la PI ne jouit d'aucune autre protection légale en dehors des lois en la matière.

3.3 Droit de la concurrence

Puisque le droit d'exclusion, qui réside au cœur des droits de propriété privée, est nécessaire pour rendre les marchés efficients et concurrentiels, l'application de la *Loi sur la concurrence* entrave rarement l'exercice de ce droit fondamental. Les mesures d'application prises en vertu de la *Loi sur la concurrence* peuvent se justifier lorsqu'une pratique anticoncurrentielle crée, maintient ou renforce une puissance commerciale.

[10] De manière à faire respecter les droits de propriété conférés par la common law, il faut qu'il soit possible d'identifier le propriétaire de la propriété et d'en circonscrire clairement les limites. Ces deux conditions peuvent être difficiles à satisfaire dans le cas d'une PI. Pour d'autres genres de propriétés privées, la possession dénote généralement la propriété. Cependant, puisque diverses personnes peuvent posséder une PI en même temps, il peut s'avérer difficile d'établir l'identité du créateur d'origine et du véritable propriétaire de la PI. En outre, puisque la PI est habituellement intangible, il est souvent difficile d'en circonscrire clairement les limites. Sans une définition légale de ces limites, le propriétaire de la PI peut éprouver des difficultés à démontrer que des tiers ont empiété sur sa propriété.

3.4 Relations

Les lois sur la PI et sur la concurrence constituent des éléments nécessaires au fonctionnement efficient du marché. Les premières accordent des droits de propriété comparables à ceux associés à d'autres types de propriétés privées. Elles incitent de la sorte les titulaires à investir dans la création et l'exploitation de PI tout en les encourageant à en faire usage et à les diffuser avec efficience sur le marché. L'application de la *Loi sur la concurrence* à une pratique touchant une PI peut enrayer un comportement anticoncurrentiel qui nuit à la production et à la diffusion efficientes de produits et de technologies ainsi qu'à la création de nouveaux produits. La promotion d'un marché concurrentiel par l'application des lois sur la concurrence est compatible avec les objectifs qui sous-tendent les lois sur la PI.

PARTIE 4 : APPLICATION DE LA *LOI SUR LA CONCURRENCE* AUX PRATIQUES TOUCHANT LA PI

4.1 Aperçu

En général, le Bureau procède à une analyse en cinq étapes lorsqu'il veut déterminer si un préjudice est susceptible d'être causé à la concurrence[11] par une transaction particulière ou par un type particulier de pratique commerciale :

- il précise la nature de la transaction ou de la pratique en cause[12];
- il définit les marchés pertinents;
- il détermine si les entreprises faisant l'objet de l'examen possèdent une puissance commerciale en analysant le degré de concentration et les conditions d'entrée sur les marchés pertinents ainsi que d'autres facteurs;
- il détermine si la transaction ou la pratique en cause pourrait empêcher ou réduire indûment ou sensiblement la concurrence sur les marchés pertinents;
- il tient compte, le cas échéant, de tout motif fondé sur l'efficience.

Cette analyse s'applique à toutes les industries et à toutes les catégories de transactions et de pratiques commerciales. Elle est suffisamment souple pour prendre en compte les différences entre les nombreuses formes de protection accordée à la PI de même que celles entre la PI et d'autres types de biens. Par exemple, le Bureau tient compte des différences entre les diverses formes de protection accordée à la PI lorsqu'il définit le marché pertinent et détermine l'existence de la puissance commerciale d'une entreprise. De plus, bien que les droits de PI sur un produit ou un procédé spécifique soient souvent créés et protégés par une loi et qu'ils diffèrent, par conséquent, des autres formes de droits de propriété, le droit d'empêcher des tiers d'utiliser un produit ou un procédé n'accorde pas nécessairement une puissance commerciale au propriétaire. Ce n'est qu'après avoir défini le marché pertinent et examiné des facteurs telles la concentration, les barrières à l'entrée et l'évolution technologique que le Bureau peut conclure que le titulaire d'un droit de PI valide jouit d'une puissance commerciale. L'existence de plusieurs substituts véritables au droit de PI ou la forte probabilité que d'autres acteurs entrent sur le marché (en « innovant autour » de toute position en apparence solidement établie ou en la supplantant) inciterait probablement le Bureau à conclure que la PI n'a pas conféré de puissance commerciale à son propriétaire.

L'analyse effectuée par le Bureau peut révéler que le titulaire d'une PI possède effectivement une puissance commerciale. Généralement, il faut qu'une entreprise adopte un comportement anticoncurrentiel visant à créer, à maintenir ou à renforcer une puissance commerciale pour qu'on considère qu'une infraction à la *Loi sur la concurrence* a été commise. Là encore, conformément à son approche à l'égard de toutes les formes de propriétés, le Bureau ne pourra pas juger que le titulaire de la PI a enfreint la *Loi sur la concurrence* s'il a tiré sa puissance commerciale du seul fait qu'il possédait un produit ou un procédé de qualité supérieure, qu'il a instauré une pratique commerciale novatrice ou pour d'autres raisons qui lui ont permis d'obtenir des résultats exceptionnels.

---

[11] Par souci de simplicité, et sauf indication contraire, le préjudice causé à la concurrence est à venir. Il faut toutefois souligner que, dans de nombreux cas, les préjudices peuvent se produire au moment même où le Bureau mène son enquête ou encore avoir eu lieu dans le passé.

[12] Parmi les transactions et les pratiques touchant la PI, mentionnons les fusionnements, la mise en commun des licences, l'établissement de normes pour les produits, les ventes liées et l'exclusivité.

C'est habituellement par l'octroi de licences que le titulaire d'une PI autorise d'autres personnes à l'utiliser. Dans la grande majorité des cas, cette concession favorise la concurrence parce qu'elle facilite l'utilisation plus générale d'un droit de PI de valeur par d'autres parties[13]. Lorsqu'il évalue si un accord de licence particulier soulève un problème de concurrence, le Bureau voit si les modalités de la licence servent à créer, à maintenir ou à renforcer la puissance commerciale du concédant ou du licencié. Le Bureau ne considère pas anticoncurrentiels les accords de licence relatifs à la PI sauf s'ils réduisent sensiblement ou indûment la concurrence relativement à ce qui aurait probablement existé en l'absence de telles licences.

4.2 Principes de mise en application

Plusieurs dispositions de la *Loi sur la concurrence* traitent précisément des droits de PI[14]. Les circonstances dans lesquelles le Bureau peut appliquer la *Loi sur la concurrence* à des pratiques anticoncurrentielles touchant la PI ou les droits de PI se regroupent en deux grandes catégories : celle où les pratiques anticoncurrentielles représentent plus que le simple exercice d'un droit de PI et celle où elles représentent le simple exercice de ce droit, sans plus. Les dispositions générales de la *Loi sur la concurrence* portent sur la première tandis que l'article 32 (recours spéciaux) s'applique à la seconde. L'approche adoptée par le Bureau est conforme au paragraphe 79(5), qui reconnaît que le simple exercice d'un droit de PI ne constitue pas un comportement anticoncurrentiel[15], mais admet la possibilité que, dans de très rares circonstances définies à l'article 32, le simple exercice d'un droit de PI puisse soulever une question litigieuse sur le plan de la concurrence[16].

4.2.1 Dispositions générales

Selon les dispositions générales de la *Loi sur la concurrence*, le simple exercice d'un droit de PI ne constitue pas un motif de préoccupation. Le Bureau définit le simple exercice d'un droit de PI comme l'exercice du droit du titulaire d'empêcher unilatéralement d'autres personnes d'utiliser la PI. Le Bureau considère également l'utilisation ou la non-utilisation d'une PI par un titulaire comme le simple exercice d'un droit de PI.

L'exercice restrictif du droit d'exclusion de la PI ne contrevient pas aux dispositions générales de la *Loi sur la concurrence*, peu importe jusqu'à quel point la concurrence est affectée. Soutenir le contraire pourrait en fait annuler les droits de PI et faire perdre ou compromettre les avantages économiques, culturels, sociaux et éducatifs qu'ils ont produits ainsi qu'entrer en contradiction avec l'opinion fondamentale du Bureau, qui veut que les lois sur la PI et sur la concurrence soient généralement complémentaires.

Le Bureau applique les dispositions générales de la *Loi sur la concurrence* lorsque les droits de PI constituent le fondement des arrangements conclus entre des entités indépendantes, que ce soit sous forme de transfert, d'accord de licence ou d'entente visant l'utilisation ou l'application des droits de PI, et quand le prétendu préjudice est le résultat de tels arrangements plutôt que du simple exercice du droit de PI, sans plus.

---

[13] Les accords de licence représentent le moyen par lequel les titulaires font le commerce des PI et cela indique leur volonté de participer au marché. Cette capacité d'échanger et de transférer les droits de PI peut servir à en accroître la valeur et à rendre leur création et leur utilisation plus attrayantes. Les accords de licence favorisent également l'usage efficient de la PI en facilitant son intégration à d'autres éléments de la production tels que la fabrication et la distribution.

[14] Voir les articles 32, 61, 77, 79 et 86.

[15] Le paragraphe 79(5) se lit comme suit :

> Pour l'application du présent article, un agissement résultant du seul fait de l'exercice de quelque droit ou de la jouissance de quelque intérêt découlant de la *Loi sur les brevets*, de la *Loi sur les dessins industriels*, de la *Loi sur le droit d'auteur*, de la *Loi sur les marques de commerce*, de la *Loi sur les topographies de circuits intégrés* ou de toute autre loi fédérale relative à la propriété intellectuelle ou industrielle ne constitue pas un agissement anticoncurrentiel.

[16] Les recours prévus à l'article 32 sont beaucoup plus étendus que les recours prévus dans les dispositions générales.

Appliquer la *Loi sur la concurrence* de cette façon peut imposer des limites au propriétaire d'une PI quant à la manière dont il peut octroyer une licence, transférer ou vendre la PI et à qui il peut le faire, mais cela ne remet pas en question les droits fondamentaux d'un propriétaire de PI de le faire. Si un titulaire de PI octroie une licence, transfère ou vend la PI à une entreprise ou à un groupe d'entreprises qui, n'eût été de cette entente, aurait représenté un concurrent réel ou potentiel, et si cet accord crée, maintient ou renforce la puissance commerciale, le Bureau peut tenter de contester cet arrangement en vertu de l'article applicable de la *Loi sur la concurrence*[17]. La partie 7 du présent document contient une série de cas hypothétiques qui illustrent la manière dont le Bureau examine l'octroi de licences, le transfert ou la vente de PI en vertu de la Loi sur la concurrence.

Cette démarche est conforme aux décisions du Tribunal de la concurrence concernant Télé-Direct[18] et Warner[19], dans lesquelles il affirme que le simple exercice du droit de PI de refuser d'octroyer une licence au plaignant ne constitue pas une pratique anticoncurrentielle. Dans la décision Télé-Direct, le Tribunal a indiqué que les préjudices de concurrence devaient découler de quelque chose de plus que du simple refus d'octroyer une licence[20].

Cette approche en matière d'application repose sur le principe selon lequel les conditions du marché et les avantages par différenciation qu'offre une PI devraient en grande partie déterminer les avantages commerciaux découlant de l'exploitation d'un droit de PI au sein du marché concerné. Le Bureau peut intervenir si une entreprise profite de la protection accordée à la PI pour se livrer à des agissements qui créent, maintiennent ou renforcent une puissance commerciale proscrite par la *Loi sur la concurrence*.

Lorsque deux ou plusieurs entreprises adoptent une pratique qui diminue ou empêche la concurrence, le préjudice de concurrence qui en résulte provient clairement de quelque chose de plus que le simple exercice du droit de refuser l'utilisation de la PI. Dans la mesure où des pratiques telles que le complot[21], le truquage des offres, l'abus conjoint de position dominante, les ententes de répartition des marchés et les fusionnements restreignent la concurrence entre les entreprises offrant des produits ou des services de substitution réels ou potentiels, l'existence d'une PI ne devrait pas constituer un facteur atténuant. De telles pratiques seraient sujettes à examen en vertu de la disposition générale pertinente de la *Loi sur la concurrence*.

Le transfert des droits de PI qui diminue ou empêche la concurrence représente une autre situation dans laquelle le préjudice de concurrence découle de quelque chose de plus que le simple exercice du droit de refuser l'utilisation de la PI. Citons par exemple le cas d'un concédant qui lierait un produit ne faisant pas l'objet d'un droit de propriété à un produit protégé par son droit de PI ou celui d'une entreprise qui réussirait, au moyen d'un contrat d'exclusivité, à étendre sa puissance commerciale au-delà de la durée du brevet qu'elle détient. Dans les deux cas, le Bureau peut intervenir si la pratique mène à la création, au maintien ou au renforcement de la puissance commerciale de manière à empêcher ou à diminuer sensiblement la concurrence.

Il peut s'avérer quelquefois que, à la suite d'un examen, ce qui semble être un simple refus d'octroyer une licence ou d'accorder à d'autres l'accès aux droits de PI d'une entreprise soit en fait une conduite allant au-delà d'un tel refus. La pratique qui va au-delà du refus unilatéral d'autoriser l'accès à la PI pourrait

---

[17] Cette analyse reposerait sur le concept du marché pertinent, comme il est expliqué à la section 5.1.

[18] D.E.R. c. Télé-Direct (Publications) Inc. et Télé-Direct (Services) Inc., CT-94/3 (Tribunal de la concurrence).

[19] D.E.R. c. Warner Music Canada Ltd., CT-97/3 (Tribunal de la concurrence).

[20] Dans la décision Télé-Direct, le Tribunal a appuyé les affirmations du directeur et déclaré qu'il était possible, en certaines circonstances, d'employer abusivement une marque de commerce, mais qu'à son avis, une conclusion d'emploi abusif devait reposer sur plus que le simple exercice des droits prévus par la loi, même si cet exercice entraînait des effets d'exclusion.

[21] La *Loi sur le droit d'auteur* dit que l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* ne s'applique ni aux redevances ni aux modalités et conditions connexes qui se dégagent de certaines ententes collectives déposées auprès de la Commission du droit d'auteur.

justifier une action d'application en vertu des dispositions générales de la *Loi sur la concurrence*. Par exemple, si une entreprise acquiert une puissance commerciale en achetant systématiquement une collection déterminante de droits de propriété et qu'elle refuse alors l'octroi de licences à d'autres personnes, empêchant ou réduisant ainsi sensiblement la concurrence sur les marchés relatifs aux droits de PI, le Bureau pourrait considérer l'acquisition de tels droits comme une pratique anticoncurrentielle et examiner la question en vertu de l'article 79 (abus de position dominante) ou de l'article 92 (fusionnements) de la *Loi sur la concurrence*. Sans les acquisitions, le simple refus du titulaire de droits de PI d'octroyer des licences ne serait probablement pas suffisant pour représenter une source de préoccupation (voir l'exemple 7).

4.2.2 *Application d'autres dispositions de la loi — Article 32*[22]

Seul l'article 32, dans la partie de la *Loi sur la concurrence* concernant les recours spéciaux, prévoit la possibilité que le simple exercice d'un droit de PI puisse constituer un motif de préoccupation et inciter le Bureau à faire des démarches auprès du procureur général pour qu'il présente une demande en recours spécial à la Cour fédérale.

Le Bureau ne cherchera réparation, relativement à l'exercice restrictif du droit d'exclusion de la PI en vertu de l'article 32, qu'en présence des circonstances mentionnées dans cet article et lorsque le préjudice de concurrence présumé découle directement et uniquement du refus. De telles circonstances imposent à la Cour fédérale de comparer les intérêts que représente le système de protection de la PI (et les incitatifs qu'il engendre) avec l'intérêt public pour une plus grande concurrence sur le marché particulier à l'étude. Généralement, le Bureau recommande que le procureur général présente une demande à la Cour fédérale en vertu de l'article 32 lorsque, à son avis, la loi pertinente en matière de PI n'offre pas de recours adéquat.

L'application en vertu de l'article 32 exige une preuve de restriction commerciale indue ou de diminution de la concurrence. Le Bureau s'attend à ce qu'une telle action d'application ne soit nécessaire que dans certaines circonstances bien précises. Le Bureau détermine si l'exercice d'un droit de PI correspond à ce niveau en procédant à une analyse en deux étapes.

À la première étape, le Bureau doit établir que le simple refus (habituellement le refus d'octroyer des licences de PI) a nui à la concurrence à un point considéré important sur un marché pertinent différent ou considérablement plus vaste que celui qui fait l'objet de la PI ou des produits ou services qui résultent directement de l'exercice de la PI. Cette étape n'est franchie que lorsque les facteurs suivants sont réunis :

i) Le titulaire de la PI occupe une position dominante sur le marché pertinent;

ii) la PI représente une ressource ou un intrant essentiel pour les entreprises qui évoluent sur le marché pertinent — c'est-à-dire que le refus de permettre à d'autres l'utilisation de la PI empêche d'autres entreprises de livrer une concurrence efficace sur le marché pertinent.

À la seconde étape, le Bureau établit que le fait d'invoquer un recours spécial contre le titulaire d'un droit de PI ne nuirait pas aux incitatifs à investir en recherche et développement dans le domaine économique. Cette étape est franchie si le refus d'octroyer une licence de PI freine l'innovation.

[22] Les recours spéciaux prévus à l'article 32 comprennent ce qui suit : déclarer nul tout accord ou permis relatif à l'usage abusif d'un droit de PI, imposer l'octroi de licences (sauf en ce qui a trait aux marques de commerce), révoquer un brevet, supprimer ou modifier une marque de commerce ou prescrire que d'autres actes soient faits ou omis selon qu'il sera jugé nécessaire pour empêcher un tel usage abusif.

Si les facteurs i) et ii) se présentent, alors la PI est à l'origine de la situation de position dominante sur le marché pertinent et d'autres concurrents ne peuvent évoluer sur ce marché que s'ils ont accès à cette PI. Si le refus met un frein à l'innovation, le Bureau conclura que ce refus a porté préjudice aux incitatifs à l'investissement en recherche et développement et qu'un recours spécial permettrait d'aligner de nouveau ces incitatifs sur l'intérêt public pour une plus grande concurrence.

Le Bureau reconnaît que la présence des trois facteurs ne pourrait se manifester qu'en de très rares circonstances. Un exemple dans lequel ils pourraient se présenter est celui d'un secteur fonctionnant par le biais de réseaux[23], où la combinaison de la protection accordée à la PI et l'effets positif important associé à la taille du réseau peut créer ou consolider la position dominante sur le marché. Dans une telle situation, les droits de PI et les effets externes du réseau peuvent agir conjointement et créer *de facto* des normes pour l'industrie. La normalisation signifie que les concurrents ont besoin de la technologie protégée pour que leurs produits soient des options viables. La protection de la PI peut en réalité empêcher d'autres personnes d'entrer sur le marché et d'y exercer leurs activités[24]. Toutefois, le Bureau devrait quand même s'assurer qu'un refus réprime l'innovation et ne prévient pas simplement la reproduction de produits existants avant de recommander au procureur général de faire une demande en recours spécial à la Cour fédérale (voir l'exemple 8).

4.2.3 *Questions sortant du cadre de la* Loi sur la concurrence

La prolongation non autorisée d'un droit de PI pourrait recéler un comportement anticoncurrentiel. Ainsi, le titulaire d'un brevet pourrait prétendre que son brevet couvre des produits qui sont hors du champ d'application de son brevet. Ou bien le Bureau pourrait recevoir des plaintes selon lesquelles l'atteinte à un droit de PI valide devrait être justifiée pour des raisons de concurrence. Il vaut mieux laisser aux autorités compétentes en matière de PI le soin de résoudre de tels différends conformément aux textes de loi applicables (voir l'exemple 1).

Comme l'indique la section 4.1, la méthode d'analyse du Bureau est suffisamment souple pour prendre en compte les caractéristiques particulières de la PI ainsi que les différences sur les plans de la portée et de la durée de la protection accordée à divers droits de PI. Voici comment le Bureau tient compte de ces facteurs lorsqu'il analyse une transaction ou une pratique commerciale touchant à la PI.

---

[23] Un secteur fonctionnant par le biais de réseaux est un secteur qui présente un effet de réseaux. Cet effet se manifeste lorsque la valeur ou l'avantage découlant de l'utilisation d'un produit augmente en fonction du nombre d'utilisateurs. Par exemple, les télécopieurs présentent un effet de réseaux parce que la valeur que représente la possession d'un télécopieur dépend de toute évidence du nombre de télécopieurs compatibles en usage.

[24] Il ne faut pas pour autant comprendre que les marchés soumis à l'effet de réseaux fassent inévitablement l'objet d'un monopole. Les entreprises forment souvent des alliances et permettent l'accès à une nouvelle technologie dans le but d'en faciliter l'acceptation et de construire une assise. Ces activités ont tendance à être favorables à la concurrence si les entreprises qui participent au processus d'établissement des normes se font librement concurrence sur le marché.

PARTIE 5 : CADRE D'ANALYSE DANS LE CONTEXTE DE LA PI

5.1 Marchés pertinents

Les marchés pertinents constituent un outil commode pour évaluer la puissance commerciale[25]. Lorsqu'on se préoccupe de l'effet anticoncurrentiel prospectif (c'est-à-dire que le comportement est susceptible de produire un effet anticoncurrentiel dans l'avenir[26]), les marchés pertinents sont habituellement définis au moyen du critère du « monopoleur hypothétique »[27].

Lorsqu'on se préoccupe de l'effet anticoncurrentiel rétrospectif[28] (c'est-à-dire que la pratique a déjà eu un effet anticoncurrentiel), l'application du critère du monopoleur hypothétique pourrait mener à des conclusions erronées quant à la disponibilité de substituts et à la présence d'une puissance commerciale. Par conséquent, le Bureau prendra en considération l'incidence de tout comportement anticoncurrentiel présumé qui peut avoir précédé l'enquête lors de la détermination du marché pertinent. Dans ce contexte, le Bureau analysera simultanément la définition du marché et les incidences sur la concurrence (voir l'exemple 2).

Dans le cas de transactions ou d'une pratique touchant une PI, le Bureau utilisera probablement les critères suivants pour définir le marché pertinent : le savoir-faire ou les connaissances intangibles à la base de la PI, les procédés basés sur des droits de PI ou le produit final ou intermédiaire résultant de la PI ou l'y incluant.

La définition d'un marché en fonction d'un savoir-faire ou de connaissances intangibles est probablement important quand les droits de PI sont distincts de toute technologie ou de tout produit dans lesquels les connaissances ou le savoir-faire sont utilisés. Considérons, par exemple, le fusionnement de deux entreprises qui accordent séparément des licences relatives à des brevets semblables à plusieurs entreprises indépendantes qui se servent ensuite de ces brevets pour concevoir leurs propres technologies relativement aux procédés de fabrication. Un tel fusionnement peut réduire la concurrence sur le marché pertinent, en ce qui concerne le savoir-faire breveté, si les deux versions de ce savoir-faire sont des substituts proches l'un de l'autre, s'il n'y a pas (ou très peu) de choix constituant de proches substituts du savoir-faire et s'il existe assez de barrières qui empêcheraient l'élaboration d'approches conceptuelles susceptibles de remplacer le savoir-faire des entreprises en voie de fusionnement. Cette dernière condition peut tenir si la portée des deux brevets protégeant le savoir-faire des entreprises en voie de fusionnement est suffisamment vaste pour empêcher quiconque « d'innover autour » des technologies brevetées ou si la mise en œuvre d'un tel savoir-faire exige des connaissances spécialisées ou des atouts que seules les deux entreprises en voie de fusionnement possèdent et que des concurrents éventuels ne pourraient mettre au point ou obtenir en moins de deux ans.

---

[25] L'exercice relatif à la définition de marché met principalement l'accent sur les facteurs de substitution de la demande (c'est-à-dire les réactions possibles des consommateurs). Le Bureau prend en considération l'influence contraignante potentielle des entreprises qui peuvent participer au marché au moyen d'une réaction de l'offre (c'est-à-dire une réponse possible de la production) après avoir défini le marché pertinent.

[26] C'est généralement le cas pour les fusionnements.

[27] Voir les sections 3.2 et 3.3 des *Lignes directrices pour l'application de la loi : fusionnements* du Bureau de la concurrence.

[28] C'est généralement le cas pour les allégtions d'abus de position dominante ou de complots.

Dans les cas concernant l'octroi de licences relatives à une PI, le Bureau considère généralement la licence comme les termes de l'échange en vertu duquel le licencié est autorisé à utiliser la PI. Le Bureau ne définit pas un marché pertinent sur la base de la licence, mais plutôt en fonction de ce qui est réellement protégé par les droits légaux accordés au licencié.

Le Bureau ne définit pas les marchés seulement d'après les activités en recherche et développement ou les efforts d'innovation. Habituellement, il s'attache aux effets sur les prix ou sur la production. Les agissements qui réduisent directement l'effort d'innovation des entreprises faisant l'objet d'un examen ou qui restreignent ou empêchent l'innovation de la part d'autres entreprises peuvent se révéler anticoncurrentiels. La ou les définitions appropriées du marché pertinent dépendront spécifiquement des connaissances ou du savoir-faire, des procédés ou des biens intermédiaires ou finaux vers lesquels l'effort d'innovation est dirigé.

5.2 Puissance commercial

La croissance potentielle d'une puissance commerciale sur le marché pertinent, résultant d'une transaction ou d'une pratique touchant une PI, dépend d'un certain nombre de facteurs. Mentionnons le degré de concentration, les conditions d'entrée, la vitesse de l'évolution technologique, la capacité des entreprises de supplanter les positions en apparence solidement établies et les effets horizontaux, le cas échéant, sur le marché[29]. L'ordre dans lequel le Bureau évalue ces facteurs peut varier selon l'article de la *Loi sur la concurrence* d'après lequel il examine la transaction ou la pratique ainsi que la situation sur le marché pertinent.

5.2.1 *Concentration du marché*

Le Bureau étudie le degré de concentration du marché pour avoir une indication préalable de la compétitivité du marché pertinent. En général, plus le nombre d'entreprises sur le marché pertinent est élevé, moins il est probable qu'une d'entre elles agissant unilatéralement ou qu'un groupe d'entreprises agissant de concert puisse maintenir ou renforcer sa puissance commerciale au moyen de la transaction ou de la pratique examinée. Cependant, un degré de concentration élevé ne suffit pas pour conclure que la transaction ou la pratique entraînera la création, le maintien ou le renforcement de la puissance commerciale. C'est particulièrement vrai dans le cas d'industries où les barrières à l'entrée sont faibles, où la technologie évolue très rapidement et où le modèle d'entreprise « innove autour » des technologies qui avaient précédemment contrôlé une partie dominante d'un marché ou les supplante.

La méthode que le Bureau emploie pour mesurer la concentration sur un marché, relativement à des produits intermédiaires ou finaux, est habituellement le calcul des parts de marché des entreprises signalées comme participantes réelles au marché pertinent. Il s'agit des entreprises offrant des produits qui sont des substituts du point de vue de la demande ainsi que celles qui peuvent être des substituts du point de vue de l'offre sur le marché (c'est-à-dire celles susceptibles de réagir à une augmentation de prix sur le marché pertinent en moins d'un an et avec un investissement minimal)[30]. Les entreprises incapables de réagir dans ce délai ou dont l'entrée exige des investissements importants ne sont pas considérées comme faisant partie du marché pertinent aux fins de la définition du marché pertinent et de l'évaluation de la concentration du marché. Ceci dit, l'éventuelle influence

[29] La partie 4 des *Lignes directrices pour l'application de la loi : fusionnements* fournit une liste d'autres facteurs dont le Bureau tient compte dans son évaluation de la puissance commerciale. Ceux-ci incluent la concurrence étrangère, la déconfiture et l'abandon des activités des entreprises, l'existence de substituts acceptables, l'existence d'une concurrence restante, l'élimination d'un concurrent vigoureux et efficace, le changement et l'innovation.

[30] Les facteurs suivants sont pertinents pour déterminer si une entreprise va infléchir ses ventes dans un délai d'un an en réaction à une augmentation de prix : le coût de substitution de la production dans le marché pertinent pour la production actuelle (c'est-à-dire le « coût du changement »), le degré d'engagement de l'entreprise dans la production d'autres produits ou services et la rentabilité de la transition vers la nouvelle production.

concurrentielle de telles entreprises peut être prise en considération lors de l'évaluation permettant de déterminer si la pratique en question est susceptible d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence.

Le Bureau ne conteste généralement pas les comportements d'une entreprise (ou d'un groupe d'entreprises qui agissent de concert) dont la part de marché est inférieure à 35 %. (Même les parts de marché qui dépassent ce seuil ne sont pas examinées comme une preuve de puissance commerciale ou d'effets anticoncurrentiels, mais simplement comme une situation qui peut justifier un nouvel examen.) La part de marché peut être calculée selon la production totale réelle, les ventes totales (en dollars ou en unités) ou la capacité de production totale (utilisée ou non)[31,32]. Toutefois, certains de ces facteurs peuvent être difficiles à évaluer lorsqu'une PI est en jeu. Par conséquent, l'évaluation de la puissance commerciale réalisée par le Bureau sera vraisemblablement centrée sur des facteurs qualitatifs comme les conditions d'entrée sur le marché pertinent, le fait que l'exploitation d'une PI engendre une évolution technologique rapide, l'opinion des acheteurs, des participants au marché ainsi que des experts de l'industrie et de la technologie.

5.2.2 *Facilité d'entrée*

Le Bureau examine également la facilité d'entrée sur le marché pertinent pour déterminer s'il est probable que de nouveaux entrants pourront restreindre la création, le maintien ou le renforcement de la puissance commerciale qui pourrait résulter d'une transaction ou d'une pratique touchant la PI. Les conditions d'entrée sont souvent plus importantes que la concentration du marché, quand on évalue les effets sur les marchés touchant la PI. Par exemple, l'évidence d'une évolution technologique rapide et de la possibilité que des entreprises puissent « innover autour » de positions en apparence bien établies ou les supplanter devient une importante considération qui peut régler toute préoccupation éventuelle, dans bien des cas, relativement au droit de la concurrence.

Le Bureau prend également en considération la mesure dans laquelle une transaction ou une pratique élève ou a élevé des barrières à l'entrée ou pousse ou a poussé les concurrents à se retirer du marché (voir les exemples 3.2 et 4)[33]. L'entrée sur des marchés où la PI est importante peut s'avérer difficile en raison des coûts irrécupérables associés à l'exploitation d'actifs comprenant des connaissances spécialisées. De plus, même sans tenir compte de quelque pratique que ce soit, les droits de PI peuvent contribuer à renforcer les barrières à l'entrée[34].

5.2.3 *Effets horizontaux*

Dans son examen des effets, sur la concurrence, d'agissements touchant une PI, qu'il s'agisse d'une transaction de fusionnement, d'un accord de licence ou d'une autre forme d'entente contractuelle, le Bureau cherche à déterminer si les comportements ont pour résultat des effets horizontaux anticoncurrentiels — conséquences pour les entreprises qui produisent des substituts ou celles qui pourraient en produire (voir les exemples 3.1, 3.2 et 3.3).

---

[31] Si les participants réels au marché incluent des entreprises qui représentent, dans un délai d'un an, des sources potentielles du point de vue de l'offre pour le marché, alors il peut s'avérer difficile d'estimer avec exactitude les parts de marché, même sous l'angle de la capacité de production. En conséquence, il doit être reconnu que les parts de marché attribuées aux entreprises dont les produits sont en fait vendus au sein du marché pertinent vont exagérer, en de telles circonstances, la position relative sur le marché.

[32] Cependant, le Tribunal de la concurrence, dans l'affaire D.E.R. c. Laidlaw Waste Systems Ltd., CT-91/2 (« Laidlaw »), a déclaré que le calcul de la part de marché fondé sur les ventes peut surévaluer la puissance commerciale lorsque le marché est caractérisé par une capacité excédentaire.

[33] Le fait que des agissements anticoncurrentiels puissent créer des barrières à l'entrée a été reconnu par le Tribunal de la concurrence dans Laidlaw.

[34] Bien entendu, un des buts recherchés dans l'octroi de droits de PI aux innovateurs consiste à favoriser la création de nouveaux produits. Dans ce sens, les droits de PI peuvent encourager les entreprises à participer à des environnements où la technologie évolue très rapidement.

Même si un préjudice de concurrence — tel que l'acquisition d'un magasin de chaussures au détail par un fabricant ou l'octroi d'une licence du droit d'utiliser un additif alimentaire particulier à un producteur d'aliments — peut être vertical, il peut tout de même produire des effets horizontaux sur un marché pertinent (voir l'exemple 4). Si un arrangement est vertical, le Bureau voit s'il en résultera vraisemblablement des effets horizontaux sur les vendeurs ou les acheteurs.

5.3 Effets anticoncurrentiels

Il faut qu'il y ait des effets horizontaux pour que le Bureau puisse conclure qu'une transaction ou une pratique est anticoncurrentielle. À cet égard, le Bureau vérifie si la transaction ou la pratique favorise la capacité d'une entreprise à exercer une puissance commerciale, que ce soit de façon unilatérale ou d'une manière concertée, dans des domaines tels que l'établissement des prix et la production.

Des effets horizontaux anticoncurrentiels peuvent se produire si la transaction ou la pratique fait augmenter les coûts des concurrents. Par exemple, une transaction peut empêcher l'accès de concurrents à d'importants intrants ou en accroître le coût. Les accords d'octroi de licence de PI qui impliquent la vente du droit d'utilisation de la PI par une entreprise à une autre sont verticaux en soi, mais ils peuvent avoir des effets horizontaux, particulièrement si le concédant et le licencié auraient été de réels concurrents sans l'accord de licence. De plus, une transaction ou une pratique qui entraîne une baisse des activités d'innovation pourrait être anticoncurrentielle si elle empêchait la concurrence future dans un éventuel marché de produits ou de procédés.

5.4 Considérations d'efficience

Un des objectifs fondamentaux du droit de la concurrence consiste à favoriser l'utilisation efficiente des ressources grâce à une concurrence vigoureuse. Cependant, il peut arriver qu'une restriction de la concurrence puisse mener à une utilisation plus efficiente des ressources. C'est particulièrement vrai dans le cas d'arrangements et de transactions touchant une PI qui sont intrinsèquement verticaux et conjuguent des facteurs complémentaires. Il arrive aussi que la création ou le renforcement de la puissance commerciale se justifie en raison de l'efficience engendrée. De fait, ce principe est compatible avec la protection qu'offrent les lois en matière de PI, qui favorisent une efficience et une concurrence dynamique en facilitant la création d'œuvres ou de procédés de valeur qui ont pour résultat un accroissement à long terme du choix des produits, de la qualité, de la production et de la productivité. En fournissant des incitatifs à l'investissement, les lois en matière de PI accordent aux œuvres protégées une exclusivité qui peut se traduire par une puissance commerciale temporaire. Par conséquent, le Bureau tient compte des répercussions sur l'efficience, à court et à long terme, d'une transaction ou d'une pratique lorsqu'il analyse les gains en efficience dans des causes relatives à la PI. Ces gains sont reconnus de façon explicite, dans le contexte de fusionnements, à l'article 96 de la *Loi sur la concurrence*[35]. De plus, selon les dispositions qui visent l'abus de position dominante (article 79), l'exclusivité, les ventes liées et la limitation du marché[36]

[35] L'article 95 prévoit une exemption particulière, en vertu des dispositions sur les fusionnements, pour les coentreprises en recherche et développement qui respectent certains critères qui y sont énoncés.

[36] Bien que les gains en efficience ne soient pas reconnus expressément dans les dispositions sur les complots (article 45) de la *Loi sur la concurrence*, il existe douze moyens de défense qu'on peut invoquer dans les cas d'ententes entre concurrents qui peuvent englober des arrangements concernant l'efficience et l'accroissement relatifs à une PI. Parmi ceux-ci, les suivants sont les plus susceptibles de s'appliquer aux accords touchant à la PI : l'échange de statistiques, la définition de normes de produits, la taille et la forme des emballages, la collaboration en recherche et développement, les restrictions au sujet de la publicité ou de la promotion, les mesures visant à protéger l'environnement, les consortiums d'exportation ou les accords de spécialisation au sens de l'article 85 de la *Loi sur la concurrence*.

(article 77), les exposés sur l'efficience et la justification d'ordre commercial peuvent être pertinents pour déterminer si une pratique est, tout bien considéré, anticoncurrentielle[37].

Si le Bureau conclut qu'un fusionnement est susceptible d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur un marché pertinent, il vérifie si le fusionnement produit des gains en efficience qui contrebalancent les effets anticoncurrentiels. Le Bureau établit alors, de la manière décrite le plus complètement dans les lignes directrices sur les fusionnements, l'effet final sur le ou les marchés pertinents en déterminant si les avantages du point de vue de l'efficience sont suffisants pour compenser les effets anticoncurrentiels.

Pour déterminer si une pratique relative à une PI empêche ou diminue sensiblement la concurrence en vertu des dispositions sur l'abus de position dominante, l'exclusivité, les ventes liées ou la limitation du marché, le Bureau tient compte des effets favorisant la concurrence (gains en efficience ou justification d'ordre commercial) qui découlent de cette pratique ou qui y sont associés. Par exemple, un accord de licence entre le propriétaire d'une PI et un distributeur peut restreindre la concurrence intramarque, mais en même temps favoriser la concurrence intermarques. Un accord de licence entre deux concurrents potentiels peut également entraîner la conception d'un nouveau produit qui n'aurait pas existé autrement. Dans chaque cas, le niveau de concurrence sur le marché en serait accru[38].

Le Bureau examine également si les entreprises ont pu avoir recours à des moyens commercialement raisonnables pour obtenir des gains en efficience moins néfastes pour la concurrence. Si c'est le cas, le Bureau comparera l'effet anticoncurrentiel de la transaction ou de la pratique aux autres options. En faisant cette comparaison, le Bureau ne tente pas de découvrir toutes les possibilités qui existent, en principe, pour réaliser les gains en efficience. Il considère seulement les moyens commercialement raisonnables et qui correspondent aux droits de PI de l'entreprise. Le Bureau prend également en considération les répercussions que le fait de recourir à une autre option auraient sur la capacité de l'entreprise d'exercer ses droits de PI.

---

[37] Dans Télé-Direct, le Tribunal de la concurrence a affirmé ce qui suit :

> Le Tribunal doit, après avoir pris en considération et pesé tous les facteurs pertinents, déterminer si, tout bien considéré, les agissements visent « l'exclusion, l'éviction ou la mise au pas ». Au nombre des facteurs pertinents figurent la preuve des effets des agissements, celle de toute justification commerciale et celle de l'intention subjective, laquelle peut, même si elle n'est pas nécessaire, éclairer l'évaluation de la totalité de la preuve. La « justification commerciale » doit être « plausible » et « être liée à l'efficience » ou « proconcurrentielle ». En outre, elle doit s'évaluer « en fonction des effets anticoncurrentiels pour établir l'objectif prépondérant » des agissements reprochés.

[38] Dans *Nielsen*, le Tribunal de la concurrence a jugé que, même s'il existe une certaine justification des prétendus agissements anticoncurrentiels, elle doit être évaluée par rapport aux effets anticoncurrentiels.

PARTIE 6 : PROMOTION DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE

Le Bureau peut avoir recours à son mandat pour promouvoir la concurrence et l'affectation efficiente des ressources afin d'intervenir dans les discussions et les débats sur les politiques concernant le champ d'application, la définition, l'étendue et la durée des droits de PI. Le Bureau peut également intervenir dans des causes entendues en Cour fédérale et en Cour supérieure s'il croit qu'il est important d'y faire valoir l'aspect de la concurrence, que les parties n'y auraient pas amené. Dans d'autres actions, si le Bureau estime que des droits de PI peuvent être définis, renforcés ou étendus de manière peu convenable, il peut intervenir et faire des représentations relativement à l'étendue de la protection qui devrait être accordée aux droits de PI.

La partie 7 du présent document décrit des situations hypothétiques illustrant la démarche du Bureau dans l'application de la loi.

PARTIE 7 : APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE À LA PI : EXEMPLES HYPOTHÉTIQUES

Exemple 1 : Atteinte présumée à un droit de PI

FISC est un fabricant de logiciels qui produit et distribue un programme de gestion des impôts perfectionné et complexe destiné à aider les particuliers dans leur planification fiscale. Comme il est de coutume dans l'industrie du logiciel, FISC attribue un numéro de série à chaque copie de son programme qu'elle distribue. Le client peut s'enregistrer auprès de FISC en donnant le numéro de série inscrit sur l'emballage et certains renseignements personnels. FISC offre des mises à niveau occasionnelles de son produit pour tenir compte des modifications apportées au code fiscal ainsi que de l'évolution technologique, et les utilisateurs doivent être enregistrés pour les recevoir, moyennant des frais modiques. Si l'entreprise constate qu'un numéro de série est employé plus d'une fois, elle sait que son logiciel a été reproduit illégalement. Elle est bien consciente qu'un numéro de série n'empêchera pas les copies illicites, mais qu'il s'agit néanmoins d'un outil de détection incitant les gens à ne pas copier le logiciel. FISC vend son produit depuis quelques années et est maintenant largement reconnue comme un des principaux fabricants de logiciels de gestion des impôts.

Il y a plus de deux ans, un membre important de l'équipe de génie logiciel de FISC a décidé de fonder sa propre entreprise, appelée LOGIFISC. Celle-ci vient de lancer son propre logiciel de gestion des impôts qui doit être utilisé *de concert* avec le produit de FISC. La nouvelle entreprise a conçu son programme de manière à ce qu'il serve d'interface graphique au logiciel de FISC. En outre, des changements relativement mineurs apportés au code fiscal peuvent être intégrés dans le produit de LOGIFISC. Par conséquent, les gens qui possèdent déjà le logiciel de FISC n'ont plus besoin d'obtenir des mises à niveau de FISC. Ils achètent plutôt le produit de LOGIFISC à un prix beaucoup plus bas et peuvent continuer à acheter des mises à niveau de LOGIFISC.

FISC a déclaré publiquement que LOGIFISC a certainement violé son droit d'auteur puisqu'il lui aurait été impossible de créer son logiciel sans avoir copié le code source de FISC. Malgré ces affirmations, FISC n'a pas intenté de poursuite contre LOGIFISC, mais a décidé de présenter une plainte officielle au Bureau en prétendant que la pratique de la nouvelle entreprise constituait une tentative d'éviction, car elle avait miné la politique de FISC relativement aux numéros de série en faisant en sorte qu'il soit moins utile pour les utilisateurs de s'enregistrer auprès de FISC. Celle-ci affirme que, depuis l'arrivée du produit de LOGIFISC sur le marché, son programme a été fréquemment piraté et que, par conséquent, le marché de son produit s'est évaporé.

Analyse

Le Bureau conclurait probablement que le problème sous-jacent, dans ce cas, réside dans la possibilité que LOGIFISC ait violé le droit d'auteur de FISC. Par conséquent, le Bureau informerait FISC qu'à son avis le sujet ne soulève aucune question du point de vue de la Loi sur la concurrence *et lui suggérerait d'obtenir des conseils juridiques sur d'autres recours qu'elle pourrait exercer, le cas échéant.*

Exemple 2 : Fixation des prix

Trois entreprises ayant chacune conçu des techniques brevetées différentes offrent des interventions de chirurgie esthétique pour traiter une affection particulière. Les trois interventions nécessitent plusieurs visites à une clinique privée sur une période de six mois, ne produisent aucuns effets secondaires indésirables et présentent des taux de succès à peu

près égaux. La seule solution de rechange à ces interventions consiste à prendre un médicament coûteux qui produit des effets secondaires indésirables chez certains patients. Les trois entreprises se sont entendues sur un prix minimal pour lequel chacune effectuera l'intervention et sur un droit minimal pour octroyer des licences à des tiers. Avant que l'entente ne soit conclue, l'intervention se faisait pour 5 000 $ environ. Depuis l'entente, les prix ont augmenté à environ 8 000 $ en moyenne.

Analyse

Le Bureau examinerait sans doute cet accord en vertu de la disposition relative aux complots dans l'article 45 de la Loi sur la concurrence.

Afin de déterminer le marché pertinent, le Bureau prendrait en considération, avec d'autres facteurs, la preuve directe de l'exploitation d'une puissance commerciale comme le fait que les prix aient augmenté de 3 000 $ depuis l'entente entre les parties. Le Bureau peut considérer cette fluctuation dans le prix comme une preuve directe que les trois actes médicaux font partie du même marché pertinent et que les parties exercent collectivement une puissance commerciale.

Le Bureau serait aussi à la recherche de preuves que les trois entreprises avaient l'intention de conclure l'accord, qu'elles en connaissaient les modalités et qu'elles savaient ou auraient dû savoir qu'il réduirait indûment la concurrence. Il tenterait également de déterminer l'effet de l'accord, particulièrement pour établir dans quelle mesure celui-ci avait accru la puissance commerciale que les entreprises pouvaient exercer ensemble. Si le Bureau déterminait que les trois entreprises représentaient 100 % du marché et que leurs brevets constituaient des barrières effectives à l'entrée d'autres entreprises sur le marché, il conclurait vraisemblablement que l'intention objective et l'accord de prix minimal auraient probablement pour effet de créer ou de renforcer la puissance commerciale. S'il avait des preuves de l'intention des parties de conclure l'accord et que la puissance commerciale découlait de cet accord, le Bureau soumettrait probablement l'affaire au procureur général pour qu'il intente une poursuite en vertu de l'article 45 de la Loi sur la concurrence.

Exemple 3.1 : Concession de licences exclusives

CYCLO vient de mettre au point un nouvel engrenage pour vélos de montagne. Deux autres entreprises fabriquent des systèmes qui font concurrence au produit de CYCLO. Toutes les trois fabriquent plusieurs genres d'engrenages pour vélos et effectuent de la recherche et du développement afin d'améliorer la technologie appliquée à ces systèmes. CYCLO octroie des licences d'utilisation de sa technique brevetée à des fabricants de vélos de montagne, car elle ne possède pas la capacité de fabriquer elle-même ces vélos. La demande à l'égard des vélos de montagne est comblée par trois grandes entreprises, qui réalisent environ 80 % des ventes, et par six plus petites entreprises. CYCLO vient d'octroyer à AVENTURE, le plus gros fabricant de vélos de montagne (qui représente 30 % des ventes), une licence exclusive lui permettant d'utiliser son nouvel engrenage breveté sur ses vélos de montagne. AVENTURE ne possède ni la technologie ni la capacité de concevoir la technologie liée aux engrenages. Même si le nouvel engrenage de CYCLO présente certaines caractéristiques qu'on ne trouve pas sur d'autres produits courants, la demande de vélos munis du nouveau système est incertaine. De plus, AVENTURE s'attend à engager des dépenses importantes pour concevoir et promouvoir des vélos de montagne qui feront appel à la technologie inédite de CYCLO. Celle-ci a refusé les demandes de licence, relativement à cette technologie, des autres fabricants de vélos de montagne. Grâce à la recherche et au développement incessants, des technologies de rechange dans ce domaine seront probablement mises en marché à l'avenir.

Analyse

Le Bureau est susceptible d'examiner le comportement des deux entreprises en vertu de la disposition sur l'abus de position dominante (article 79) de la Loi sur la concurrence.

CYCLO et AVENTURE entretiennent des relations de fournisseur-client et non pas de concurrents, réels ou éventuels, sur le marché des engrenages ou des vélos de montagne. Puisqu'elles ne se font pas concurrence,

la licence exclusive ne réduirait probablement pas la concurrence entre elles. Le Bureau examinerait néanmoins le marché des engrenages et celui des vélos de montagne afin de déterminer si la licence exclusive empêche ou diminue sensiblement la concurrence sur l'un des marchés ou sur les deux.

Même si la technologie de CYCLO n'est pas mise à la disposition des deux principaux rivaux d'AVENTURE et que les marchés des engrenages et des vélos de montagne sont concentrés, les concurrents de CYCLO sur le marché des engrenages peuvent quand même continuer de vendre leurs produits à AVENTURE. De plus, les autres fabricants de vélos de montagne ont accès aux autres engrenages de CYCLO et à ceux d'autres fournisseurs. La licence exclusive a peut-être été concédée du fait qu'AVENTURE a convenu d'engager des dépenses importantes pour mettre au point et faire la promotion de vélos de montagne qui emploient la technologie de CYCLO.

Dans le cadre de son évaluation, le Bureau tiendrait compte de la compétitivité du marché des vélos de montagne avant et après l'octroi de la licence. Puisque CYCLO ne fabrique pas de vélos de montagne et qu'elle n'a aucune obligation d'octroyer une licence relative à son type d'engrenage à un fabricant de vélos de montagne, tout accord de licence rehausserait la concurrence. Dans ce cas, la licence relative à la technologie autorise la mise au point de vélos de montagne au moyen de cette technologie ainsi que leur promotion, ce qui améliore la concurrence sans restreindre la capacité des autres fabricants de vélos de montagne d'avoir accès ou recours à des technologies concurrentes. Par conséquent, le Bureau conclurait, étant donné de tels faits, que l'accord de licence exclusive ne soulève aucune question litigieuse sur le plan de la concurrence.

Exemple 3.2 : Forclusion par l'acheteur

Considérons une variante de la situation décrite à l'exemple 3.1, où les affaires d'AVENTURE ont augmenté jusqu'à représenter environ 70 % des ventes de vélos de montagne. AVENTURE a profité de la croissance de son chiffre d'affaires pour négocier de façon indépendante des ententes d'approvisionnement et des licences exclusives à long terme avec les trois fournisseurs concurrents d'engrenages pour vélos de montagne. L'incapacité des fabricants concurrents d'obtenir une technologie relative aux engrenages appropriée a forcé certains d'entre eux à fermer leurs portes et a réduit substantiellement les ventes des entreprises qui ont survécu. AVENTURE a majoré le prix de ses vélos de 25 %. Même si d'autres types d'engrenages sont en développement, il semble peu probable qu'une technologie viable soit mise à l'essai et en production dans moins de 36 mois.

Analyse

Le Bureau examinerait probablement la conduite d'AVENTURE en vertu de la disposition sur l'abus de position dominante (article 79) de la Loi sur la concurrence.

Dans un premier temps, le Bureau déterminerait si les vélos de montagne constituent un marché pertinent et si AVENTURE contrôle sensiblement ou complètement l'offre du produit sur ce marché pertinent. Le Bureau estimerait probablement que l'absence apparente de substituts acceptables, la part du chiffre d'affaires élevée d'AVENTURE et la capacité de celle-ci d'imposer une majoration de 25 % des prix prouvent qu'AVENTURE contrôle sensiblement le commerce des vélos de montagne et que ce marché constitue un marché pertinent.

Le Bureau se demanderait ensuite si les accords de licence exclusive d'AVENTURE, qui lui permettent d'empêcher ses concurrents d'obtenir un approvisionnement d'engrenages adéquat, constituent un comportement anticoncurrentiel. Bien qu'une entente de licence exclusive puisse, comme le montre l'exemple 3.1, améliorer la concurrence, le recours à un accord de licence exclusive pour en fait contrôler l'offre d'un intrant essentiel sur le plan concurrentiel peut se révéler anticoncurrentielle. Le Bureau jugerait sans doute anticoncurrentielle la manière systématique dont AVENTURE empêche ses concurrents d'avoir accès à cet intrant indispensable au moyen de la signature de licences exclusives à long terme avec chaque fournisseur.

Le Bureau évaluerait alors l'incidence des licences exclusives sur la concurrence. Il conclurait probablement que les effets négatifs sur la capacité des autres fabricants de vélos de montagne de faire concurrence, qui ont découlé du fait qu'AVENTURE les a empêchés d'avoir accès à une technologie éprouvée en matière d'engrenages, ainsi que la manière par laquelle AVENTURE a réussi à imposer d'importantes augmentations de prix, prouvent qu'AVENTURE a empêché ou diminué sensiblement la concurrence. En l'absence de preuve convaincante de gains en efficience ou de justifications d'ordre commercial, qui ne semblent pas exister dans cet exemple, le Bureau demanderait probablement que les licences exclusives soient résiliées volontairement. En cas de refus, il présenterait probablement au Tribunal de la concurrence une demande de résiliation de ces licences.

Exemple 3.3 : Forclusion par les fournisseurs

Selon une variante de la situation décrite à l'exemple 3.2, les fournisseurs d'engrenages, inquiets devant le pouvoir d'achat grandissant d'AVENTURE, concluent un accord visant à se répartir le marché des systèmes pour vélos de montagne. Dans le but faciliter le contrôle de la conformité, les entreprises acceptent de signer des accords de licence exclusive, à prix élevé, avec AVENTURE. Le résultat de ces ententes est décrit à l'exemple 3.2.

Analyse

Il est probable que le Bureau examinerait cette question en vertu de l'article 45, à titre de complot contre les fournisseurs d'engrenages ou en vertu de l'article 79, à titre d'abus conjoint de position dominante contre les fournisseurs d'engrenages.

Plusieurs facteurs influeraient sur la décision initiale du Bureau d'examiner et de contester éventuellement ces ententes, y compris l'existence d'une justification légitime d'ordre commercial ou de gains en efficience, qu'AVENTURE ait été informée de l'arrangement et de la logique commerciale qui le sous-tendait ou que les parties aient agi secrètement. Si l'entente était la machination flagrante d'une répartition du marché exécutée de manière cachée, le Bureau ferait enquête en vertu de l'article sur les complots. Un accord de spécialisation, où chaque fournisseur s'engage publiquement à se concentrer sur une technologie particulière, que les parties ont divulgué à AVENTURE et dont elles ont discuté avec elle, déclencherait sans doute une enquête sur l'abus conjoint de position dominante.

Le Bureau déterminerait d'abord si les engrenages constituent un marché pertinent et si les fournisseurs de ces engrenages jouissent d'une puissance commerciale ou contrôlent complètement l'offre du produit sur le marché pertinent. Il estimerait que l'absence apparente de substituts acceptables aux engrenages et la part du chiffre d'affaires élevée des fournisseurs et d'AVENTURE ainsi que leur capacité à imposer une majoration des prix constituent des preuves que les fournisseurs possèdent une puissance commerciale ou contrôlent sensiblement le commerce des engrenages et que ces engrenages représentent un marché pertinent.

Si le Bureau menait une enquête en vertu de la disposition sur le complot, il évaluerait ensuite si les conditions énoncées dans cet article, dont il est question à l'exemple 2, ont été remplies. Dans l'éventualité où il enquêterait en vertu de la disposition sur l'abus de position dominante, il déterminerait si les conditions énoncées dans cet article, dont il est question à l'exemple 3.2, ont été remplies en ce qui concerne les répercussions de l'arrangement sur le marché de la technologie des engrenages et/ou sur celui des vélos de montagne. Pour les raisons discutées à l'exemple 3.2, et compte tenu des faits relatifs à la cause, il semble probable que le Bureau conclurait que l'arrangement a sensiblement ou indûment diminué ou empêché la concurrence. Il soumettrait donc le dossier au procureur général (dans le cas d'une enquête en vertu de la disposition sur les complots) ou chercherait à mettre fin à l'entente de répartition de marché de même qu'aux licences exclusives (dans le cas d'une enquête en vertu de la disposition sur l'abus de position dominante).

Exemple 4 : Contrats exclusifs

Grâce à ses brevets internationaux, ÉPICES est le seul fournisseur de Mégasel, un additif alimentaire remarquable qui a efficacement remplacé le sel dans certains aliments préparés dans la plupart des pays. Le brevet canadien d'ÉPICES vient d'expirer. Toutefois, l'entreprise dispose de la protection accordée par ses brevets à peu près partout ailleurs dans le monde. Peu avant que son brevet canadien ne vienne à échéance, ÉPICES a signé des contrats de cinq ans, qui comprennent des droits d'approvisionnement exclusif, avec ses deux principaux acheteurs canadiens. Ces contrats empêchent les deux acheteurs, qui se servent du Mégasel dans des aliments spéciaux préparés pour les hôpitaux et d'autres établissements de santé, d'utiliser à la fois du Mégasel et un autre succédané de sel dans la même gamme de produits. ÉPICES n'a pas de contrats d'approvisionnement exclusif à long terme avec d'autres acheteurs de Mégasel au Canada ou ailleurs. Récemment, NOUVSEL, une entreprise qui a mis au point un produit de remplacement possible du Mégasel, a déposé une plainte auprès du Bureau en alléguant que les contrats d'ÉPICES l'empêchent de fabriquer et de commercialiser ses produits au Canada. NOUVSEL affirme que les contrats d'ÉPICES lui ont fermé une grande partie du marché, l'empêchant d'entrer au Canada d'une manière rentable et à une échelle satisfaisante.

Analyse

Les affirmations de NOUVSEL laissent supposer qu'ÉPICES, en raison de ses contrats avec ses deux plus gros acheteurs, exploite actuellement sa puissance commerciale sur le marché des succédanés de sel. Le Bureau ferait probablement enquête sur ces allégations en vertu des dispositions sur l'exclusivité (article 77) ou l'abus de position dominante (article 79).

Le Bureau déterminerait d'abord si les succédanés de sel constituent un marché pertinent. Cela nécessiterait de déterminer si les succédanés de sel sont soumis à une concurrence réelle de la part d'autres substances (le sel, par exemple) ou s'ils possèdent des propriétés spécifiques et des caractéristiques fonctionnelles qui font en sorte que le sel n'est pas un réel substitut. Le Bureau chercherait alors à déterminer si ÉPICES contrôle sensiblement le marché sur lequel ses substituts de sel se font concurrence, puis évaluerait la part des ventes d'ÉPICES et les barrières à l'entrée sur ce marché. Entre autres, le Bureau prendrait en considération tous les facteurs qui empêchent d'autres fournisseurs d'offrir leurs produits au Canada, y compris l'effet des contrats d'approvisionnement exclusif sur la capacité de ces autres fournisseurs de réaliser des ventes auprès d'une masse critique de clients. En supposant que le Bureau établisse que les succédanés de sel constituent un marché pertinent, il en viendrait probablement à la conclusion qu'ÉPICES contrôle sensiblement ce marché.

Le Bureau examinerait ensuite si les contrats d'approvisionnement exclusif dont ÉPICES s'est servie, pour empêcher ses principaux clients de se procurer des substituts de sel auprès d'autres fournisseurs, constituent une pratique d'exclusivité ou d'abus de position dominante. Le Bureau conclurait probablement que les contrats d'approvisionnement exclusif se traduisent par de l'exclusivité. Afin de déterminer si la mise en place de ces contrats constitue un comportement anticoncurrentiel, le Bureau examinerait les circonstances entourant leur négociation et leur conclusion ainsi que jusqu'à quel point ils visaient l'exclusion et la création d'entraves à une concurrence réelle sur le marché pertinent. Si le Bureau trouvait que les contrats avaient pour but de priver les entrants potentiels d'une partie suffisamment importante de la demande, de sorte que la demande restante n'aurait fourni qu'un volume de ventes insuffisant pour couvrir le coût d'entrée et les frais d'exploitation futurs au Canada, le Bureau déclarerait probablement que la signature de licences d'exclusivité à long terme s'avère anticoncurrentielle.

Le Bureau évaluerait alors l'incidence des contrats exclusifs sur la concurrence. À cet égard, les conséquences négatives sur la capacité des autres fournisseurs de substituts de sel de faire concurrence au Canada seraient évaluées

pour déterminer si les contrats ont empêché ou diminué sensiblement la concurrence. Si le marché pertinent est rigoureusement défini comme « succédanés du sel » et que les contrats d'ÉPICES bloquent l'entrée de producteurs potentiels de ces substituts, le Bureau pourrait conclure que ces contrats exclusifs ont réduit sensiblement la concurrence. En empêchant les entreprises de tenter de fournir d'autres substituts de sel au Canada, les contrats exclusifs peuvent faire en sorte que d'autres acheteurs au Canada, n'ayant pas signé de contrat avec ÉPICES, se retrouvent à payer des prix plus élevés qu'ils ne le feraient si ÉPICES était soumise à une concurrence réelle. L'ampleur de la réduction de la concurrence dépendrait de la mesure dans laquelle ces contrats empêchent l'entrée de nouveaux joueurs sur le marché et du degré de substitution anticipé qui existerait entre le Mégasel et d'autres succédanés de sel, comme NOUVSEL, si les contrats exclusifs n'existaient pas. En général, si l'on détermine que les contrats constituent la principale barrière à l'entrée de nouveaux producteurs et que leurs produits sont probablement de proches substituts du Mégasel, le Bureau conclurait vraisemblablement que les contrats ont réduit sensiblement la concurrence. Cependant, si le Bureau détermine qu'il existe une demande suffisante au Canada et dans le reste du monde, malgré les contrats, pour permettre l'entrée d'une concurrence réelle au Canada, les contrats exclusifs d'ÉPICES ne seraient pas considérés comme ayant empêché ou diminué sensiblement la concurrence.

Le Bureau étudierait également si des motifs d'efficience ou une justification d'ordre commercial convaincante appuient l'existence des contrats d'exclusivité d'ÉPICES. Par exemple, l'entreprise peut avoir conclu ces ententes de manière à s'assurer que ses ventes seraient assez élevées pour justifier un investissement dans des installations de production d'une capacité suffisante pour réaliser des économies d'échelle. De plus, la contrainte imposée aux acheteurs de ne pas combiner le Mégasel à d'autres substituts du sel peut être justifiée par des raisons de qualité ou de sécurité. Si le Bureau conclut que les contrats d'ÉPICES réduisent sensiblement la concurrence, mais que de solides motifs fondés sur l'efficience ou des impératifs commerciaux justifient ces contrats, qui ne pourraient être exécutés sans être exclusifs, le Bureau ne contesterait probablement pas cette pratique en vertu des articles 77 ou 79 de la Loi de la concurrence. Toutefois, en l'absence de tels motifs convaincants justifiant l'exclusivité, le Bureau chercherait vraisemblablement à faire résilier volontairement les contrats d'exclusivité d'ÉPICES. En cas d'échec, le Bureau présenterait probablement une demande au Tribunal de la concurrence en vue de mettre un terme aux licences exclusives.

Exemple 5 : Redevances à la production

MEMEX possède actuellement un brevet pour la conception d'un composant de mémoire utilisé dans les ordinateurs personnels. MEMEX ne fabrique pas d'ordinateurs personnels, mais elle vend ses composants de mémoire et octroie des licences d'utilisation de sa technologie aux fabricants d'ordinateurs. Traditionnellement, les contrats d'autorisation de MEMEX exigeaient que le licencié paie des droits pour chacun des composants de mémoire de MEMEX installé dans un ordinateur. Grâce à son brevet, MEMEX ne fait face à aucune concurrence de la part d'autres producteurs de composants de mémoire souhaitant employer une conception similaire. Cependant, son brevet vient à échéance dans moins d'un an et l'on suppose que d'autres entreprises commenceront alors à fabriquer et à vendre des composants de mémoire basés sur la conception de MEMEX. MEMEX a récemment introduit un nouvel accord de licence. En vertu de ce nouvel accord, MEMEX accorde des licences d'utilisation non exclusives relativement à sa technologie et à ses composants de mémoire à tous les fabricants d'ordinateurs personnels moyennant des redevances sur tous les ordinateurs expédiés, qu'ils soient ou non dotés du composant de mémoire de MEMEX, puis le versement de frais supplémentaires pour chaque composant de MEMEX installé par le fabricant.

L'entreprise affirme que la politique d'octroi de licence antérieure avait l'effet imprévu d'encourager les fabricants à installer trop peu de composants de mémoire MEMEX, ce qui diminuait le rendement des ordinateurs. MEMEX prétend que la nouvelle pratique d'octroi de licence fait en sorte qu'il coûte moins cher aux fabricants d'installer une quantité plus appropriée de mémoire dans les ordinateurs. Pour compenser la perte de revenus, MEMEX demande une redevance sur chaque ordinateur vendu.

Analyse

Le Bureau enquêterait, dans cette affaire, en vertu des dispositions sur l'abus de position dominante (article 79) de la Loi sur la concurrence.

Le Bureau déterminerait d'abord si les composants de mémoire qui utilisent la technologie de MEMEX constituent un marché pertinent, puis évaluerait si MEMEX contrôle sensiblement ou complètement l'offre du produit sur ce marché. Compte tenu du rythme rapide du développement technologique et de la concurrence intense qui existe dans la production de dispositifs à circuits intégrés, le Bureau pourrait conclure que la technologie de MEMEX fait concurrence à d'autres technologies de mémoire, que les barrières à l'entrée sont suffisamment minimes, que la portée du marché pertinent s'étend au-delà de la technologie de MEMEX ou que MEMEX est incapable de contrôler sensiblement l'offre des produits sur le marché pertinent spécifié. Si le Bureau estime que MEMEX fait face à une concurrence importante et réelle de la part d'autres fournisseurs de composants de mémoire, alors il conclurait probablement qu'il n'y a pas de raisons d'enquêter plus avant. Par ailleurs, s'il conclut que les composants de mémoire offerts par d'autres fournisseurs ne sont pas considérés comme des substituts acceptables et ne permettent pas aux fabricants d'ordinateurs de produire des ordinateurs qui font concurrence à ceux qui emploient le composant de mémoire de MEMEX, le Bureau pourrait déterminer que l'enquête doit être approfondie.

En supposant que le Bureau ait établi que la technologie de MEMEX définit le marché pertinent et que MEMEX contrôle sensiblement ce marché, il examinerait alors si l'utilisation par MEMEX de ses nouveaux accords d'octroi de licence constitue un comportement anticoncurrentiel. Cette décision dépendrait des modalités spécifiques des contrats et des répercussions probables qu'elles auraient sur la concurrence sur le marché pertinent. Bien que les contrats d'autorisation de MEMEX n'interdisent pas expressément aux fabricants d'ordinateurs d'employer les composants de mémoire fondés sur une technologie autre que celle de MEMEX, ils imposent en fait une taxe aux fabricants d'ordinateurs qui utilisent des composants de mémoire de MEMEX et d'un autre fournisseur[39]. L'imposition, par un fournisseur dominant, de contrats d'autorisation à long terme qui contiennent de telles dispositions pourrait empêcher la concurrence et maintenir la puissance commerciale du fournisseur. Par conséquent, le Bureau déterminerait si ces contrats sont répandus, leur durée, et si la redevance par ordinateur suffit à dissuader les fabricants d'ordinateurs d'acheter des composants de mémoire d'autres fournisseurs.

Si le Bureau détermine que le marché pertinent est constitué des composants de mémoire fondés sur la technologie de MEMEX et que celle-ci détient une puissance commerciale, il évaluerait alors les répercussions probables de la nouvelle pratique d'octroi de licence de MEMEX sur la concurrence et le prix des composants de mémoire. S'il conclut que cette pratique permet à MEMEX d'exercer une puissance commerciale considérablement plus grande après l'expiration de son brevet que cela n'aurait été le cas autrement, le Bureau prendrait en considération le motif d'efficience et toute autre justification d'ordre commercial de MEMEX pour imposer une redevance par ordinateur. En l'absence de gains en efficience ou d'autres justifications d'ordre commercial qui feraient contrepoids, le Bureau demanderait probablement que l'on mette fin volontairement à la nouvelle pratique d'octroi de licence. En cas de refus, il présenterait une demande au Tribunal de la concurrence en vue de mettre un terme à cette pratique.

[39] Le fabricant qui désire employer d'autres composants de mémoire en plus des composants de mémoire de MEMEX doit payer deux fois, l'une pour l'autre composant et l'autre pour la redevance par ordinateur qui doit être versée à MEMEX.

Exemple 6 : Accord de mise en commun de brevets

ABC et ZENIX ont toutes deux mis au point un appareil d'imagerie à rayons X révolutionnaire utilisé dans le diagnostic du cancer. Chaque entreprise est titulaire d'une série de brevets pour certains composants de leurs appareils respectifs. Les deux appareils sont interchangeables du point de vue fonctionnel. L'appareil d'ABC ne contrefait aucun des brevets de ZENIX. Toutefois, la conception d'un des composants de l'appareil de ZENIX peut contrefaire un des brevets d'ABC. Celle-ci a menacé de poursuivre ZENIX pour contrefaçon si ZENIX commercialise son appareil sans obtenir une licence auprès d'ABC pour utiliser ce composant. ZENIX conteste l'accusation de contrefaçon d'ABC. Toutefois, pour éviter une bataille compliquée en cour , les entreprises ont placé leurs divers brevets dans une communauté de brevets. Le groupement a établi un droit de licence de 500 $ qui doit lui être versé chaque fois qu'un appareil d'imagerie à rayons X fabriqué par l'une ou l'autre des entreprises est utilisé lors d'un diagnostic médical. La recette tirée des droits de licence est partagée entre les deux entreprises selon une formule prédéterminée. Pour cette raison, aucune des deux entreprises ne demandera vraisemblablement pas moins de 500 $ l'acte aux médecins.

Analyse

Le Bureau examinerait cette affaire en vertu de la disposition relative aux complots (article 45) de la Loi sur la concurrence.

Le Bureau reconnaît qu'un accord de mise en commun de brevets peut favoriser la concurrence en écartant, entre autres, les brevets qui font obstacle, en évitant un coûteux conflit juridique relativement à la contrefaçon, en intégrant des technologies complémentaires et en réduisant les coûts de transaction. Si une entreprise se voit empêchée d'utiliser sa technologie parce qu'elle porte atteinte au brevet d'une autre entreprise, et qu'il n'est pas possible « d'inventer autour » du brevet qui fait obstacle, ces entreprises ne peuvent alors pas être considérées comme des concurrents horizontaux. Dans ce cas, ABC se plaint qu'un de ses brevets est violé par un composant de l'appareil de ZENIX. Cette dernière ne se plaint pas qu'un de ses brevets est violé par un composant de l'appareil d'ABC. Par conséquent, ABC pourrait utiliser son appareil avec ou sans la conclusion d'accord, y compris un accord de mise en commun de brevets, avec ZENIX. Pour cette raison, l'accord de mise en commun de brevets n'est pas nécessaire pour que le nouvel appareil d'imagerie à rayons X soit utilisé sur le marché. Comme mesure alternative préférable d'un point de vue concurrentiel, ABC devrait simplement concéder une licence d'utilisation de son brevet contrefait à ZENIX. Si le brevet faisait vraiment obstruction, un accord de licence inciterait ZENIX à innover autour du brevet qui fait obstacle (afin de réduire ses coûts). D'autre part, ABC peut fort bien vouloir concéder une licence au brevet qui fait obstacle afin de réaliser de plus grandes recettes provenant de son travail de mise au point et d'éliminer la possibilité que son brevet soit considéré non valide par le tribunal (et par conséquent, sans aucune valeur). Toutefois, si le brevet ne faisait pas obstruction, alors ZENIX n'aurait pas d'incitatif à établir un accord de licence puisque les droits de licence représenteraient un coût net pour ZENIX qui ne procurerait aucun bénéfice compensatoire, contrairement à l'accord de mise en commun de brevets.

Sur la base de l'analyse précédente, le Bureau considérerait la communauté de brevets comme un accord commercial superflu et anticoncurrentiel qui ne serait pas requis pour que la nouvelle technologie entre sur le marché. Le Bureau évaluerait l'ampleur de la plainte d'ABC selon laquelle un de ses brevets est violé par un composant de l'appareil de ZENIX. Si la plainte d'ABC était fondée et que ZENIX ne pouvait facilement « inventer autour » du brevet d'ABC, alors le Bureau ne contesterait probablement pas l'accord de mise en commun

des brevets puisque cela ne diminuerait pas la concurrence. Si les prétentions d'ABC étaient peu fondées ou si ZENIX pouvait facilement « inventer autour » du brevet d'ABC, le Bureau contesterait l'accord de mise en commun des brevets en vertu de la disposition relative au complot (article 45) de la Loi sur la concurrence, *étant donné que la communauté de brevets serait, dans son essence, une entente visant à prévenir toute concurrence des prix entre ZENIX et ABC.*

Exemple 7 : Entente en vue d'évincer des produits complémentaires

Il existe cinq principales maisons de disques dont les deux plus grandes, ROCKCO et POPCO, réalisent ensemble plus de 65 % des ventes totales et représentent 70 % des artistes les plus vendus. Ils ont formé une coentreprise (DISCO) afin de concevoir, de produire et de mettre sur le marché une nouvelle génération de lecteurs numériques. La technologie de DISCO offre un son de qualité exceptionnelle et d'autres caractéristiques supérieures à ce qu'offrent les techniques existantes. DATCO a également conçu une technologie du son numérique possédant des qualités de haute fidélité semblables, mais son produit est aussi portatif et permet l'enregistrement. Le coût des deux technologies est semblable, mais les technologies elles-mêmes ne sont pas compatibles : la musique à codage numérique du format DISCO doit être réencodée pour être écoutée sur le lecteur de DATCO. En vertu de leur entente de coentreprise, ROCKCO et POPCO conviennent de ne pas communiquer, ni d'octroyer de licence à personne d'autre pour communiquer, leurs enregistrements protégés par le droit d'auteur sous un format numérique autre que celui de DISCO. Conformément à cette entente, ROCKCO et POPCO ont refusé la demande de licence de DATCO pour convertir et mettre en vente des enregistrements de ROCKCO et de POPCO sous le format DATCO. Les trois autres maisons de disques prédisent, avec raison, que les consommateurs seront réticents à acquérir le produit de DATCO s'ils ne peuvent se procurer de la musique de ROCKCO ou de POPCO sous ce format. Les autres maisons de disques sont prêtes à offrir leurs enregistrements sous le format DATCO, mais trouvent qu'il n'y a aucun marché à cet égard et sont donc obligées, à cause de la demande populaire, d'obtenir la technologie DISCO par licence pour pouvoir mettre leurs enregistrements en vente sous ce format. Par conséquent, la technologie audionumérique de DATCO, que les critiques jugeaient généralement supérieure à celle de DISCO, subit un recul. DISCO majore sensiblement le prix de son lecteur et les redevances qu'elle impose aux autres maisons de disques pour utiliser sa technologie afin de mettre en vente des enregistrements sous format DISCO.

Analyse

Le Bureau examinerait cette affaire en vertu de la disposition sur les fusionnements (article 92) et/ou de la disposition sur l'abus de position dominante (article 79) de la Loi sur la concurrence.

Premièrement, le Bureau se demanderait si le comportement supposément anticoncurrentiel, soit le refus de ROCKCO et de POPCO d'accorder le droit de reproduire sous licence leurs enregistrements protégés par droit d'auteur sous le format DATCO, *constitue le simple exercice de leurs droits de PI ou s'il s'agit de plus que le simple exercice de ces droits. Dans ce cas, le Bureau déterminerait probablement que les modalités de l'entente de coentreprise de DISCO et le refus de concéder des licences diminuent la concurrence. Il demanderait d'examiner l'accord en vertu de la disposition sur les fusionnements ou de celle sur l'abus de position dominante de la* Loi sur la concurrence.

Si le Bureau choisit d'examiner l'entente de coentreprise en vertu de la disposition sur les fusionnements et en se fondant sur le fait que la coentreprise constitue, à des fins de commerce audionumérique, dans son essence, un fusionnement des actifs de l'enregistrement de musique de ROCKCO *et de* POPCO, *l'examen s'effectuerait conformément aux lignes directrices sur l'application de la loi en matière de fusionnements. Par ailleurs, s'il choisit*

d'examiner l'entente de coentreprise en vertu de la disposition sur l'abus de position dominante et en se fondant sur le fait que l'entente de coentreprise établit une position dominante et donne lieu à un abus conjoint, l'examen serait fait conformément au cadre et aux critères relatifs à l'abus de position dominante décrits dans les exemples précédents. Dans l'un ou l'autre cas, le Bureau devrait établir le ou les marchés pertinents affectés, examiner les barrières à l'entrée et les preuves de puissance commerciale ou de position dominante, prouver qu'il y a eu empêchement ou diminution sensible de la concurrence puis évaluer toute justification d'ordre commercial ou tout gain en efficience.

Si le Bureau procédait en vertu de l'article 79, il devrait établir que la coentreprise DISCO possède une puissance commerciale importante sur le marché de la technologie audionumérique ou sur celui des lecteurs numériques. De plus, il devrait constater que la coentreprise DISCO a adopté un comportement anticoncurrentiel qui réduit sensiblement ou empêche la concurrence. Ici, les agissements anticoncurrentiels seraient liés à l'acquisition, par la coentreprise DISCO, de la musique des musicothèques de ROCKCO et de POPCO, et à la forclusion de ses concurrents relativement à l'accès à cette musique. La forclusion, quant à l'accès à ce matériel, empêche apparemment d'autres technologies d'enregistrement audio d'atteindre la masse critique, relativement au contenu de musique souhaité, dont elles ont besoin pour être viables. Il semble que cette conduite puisse empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence et mener à la création d'un monopole ou d'une position dominante sur les marchés de la technologie audionumérique et/ou de l'équipement de reproduction du son numérique. La forclusion des autres technologies engendre la puissance commerciale de DISCO sur ces marchés et est inutile puisqu'elle amoindrit le choix des consommateurs, mène à des hausses des redevances payées par les maisons de disques pour utiliser ce genre de technologie et fait augmenter le prix des lecteurs. Le Bureau demanderait probablement une ordonnance exigeant que ROCKCO et POPCO se défassent de DISCO ou que ROCKCO et POPCO octroient des licences de leurs œuvres pour qu'elles soient mises en vente sous d'autres formats.

Exemple 8 : Refus d'octroyer une licence relative à une norme

ABACUS et deux autres entreprises ont été les premières à mettre sur le marché un chiffrier destiné aux ordinateurs personnels. Les logiciels de chiffrier électronique ont été une des applications qui ont fait que les ordinateurs sont devenus des outils essentiels dans le monde des affaires. Au cours des cinq premières années, ABACUS a réalisé des ventes représentant près de deux fois celles de son plus proche concurrent. Son parc de logiciels installés (ventes cumulées) a grimpé à 50 %. Les deux années suivantes, sa part annuelle du marché a progressé jusqu'à plus de 75 % et une des entreprises pionnières a quitté le marché. Environ au même moment et après trois années de programmation, CALCULUS a lancé un chiffrier possédant certaines caractéristiques novatrices qu'on ne retrouvait pas dans le produit d'ABACUS. Cependant, CALCULUS n'a pas tardé à connaître des difficultés financières malgré son produit innovateur et son bas prix. Elle a donc demandé à ABACUS une licence afin de copier la terminologie et la disposition de sa hiérarchie de commande de menus (aux fins de cet exemple, il faut présumer que l'autorisation d'ABACUS était nécessaire parce qu'elle détenait des droits de PI valides en ce qui a trait à de tels travaux). Avec cette permission, CALCULUS aurait pu relancer son produit avec un mode émulation et un lecteur de clé, ce qui lui aurait permis de lire les fichiers ABACUS et aurait créé une compatibilité entre les deux produits. ABACUS a refusé d'accorder une licence et a annoncé publiquement qu'elle ferait valoir ses droits de PI contre CALCULUS si cette dernière copiait la hiérarchie d'ABACUS. À la lumière de cette situation, plusieurs gros fabricants de logiciels ont annoncé qu'ils mettaient fin à leurs programmes de développement de chiffriers.

Les chiffriers possèdent une importante caractéristique qui en fait un atout pour l'acheteur : leur effet de réseau. Un tel effet existe si la valeur d'un produit augmente avec le nombre de personnes qui achètent

des chiffriers compatibles. L'effet de réseaux se produit, pour les chiffriers, plus la taille du réseau est grande (parc de chiffriers compatibles installés), plus il y a de personnes avec qui des fichiers peuvent être échangés, plus il y a de produits complémentaires — utilitaires, logiciels d'amélioration et macros —, plus il y a de services de formation et de consultation et plus il y a de fichiers de données compatibles.

Analyse

Étant donné les circonstances de cette affaire, le refus d'ABACUS d'octroyer une licence relativement à sa PI constituerait le « simple exercice » de ses droits de PI et serait donc soumis à un examen seulement en vertu de l'article 32 de la Loi sur la concurrence.

*Pour déterminer si le refus d'ABACUS restreint indûment le commerce ou diminue la concurrence, le Bureau verrait si ce refus a eu des effets négatifs sur la concurrence sur un marché pertinent différent ou considérablement plus vaste que celui qui concerne les droits de PI d'ABACUS ou les produits ou les services qui résultent directement de l'exercice de tels droits de PI. Dans ce cas, un préjudice de concurrence est présumé sur le marché des chiffriers compatibles avec celui d'*ABACUS.

*Pour savoir si le marché pertinent est constitué des chiffriers compatibles à celui d'*ABACUS, *il faut connaître l'étendue et l'importance de l'effet de réseau et des coûts de transition. Si l'effet de réseau est important, des consommateurs qui n'ont jamais acheté de chiffrier pourront quand même acquérir le produit d'*ABACUS, *plus cher. Les consommateurs qui sont déjà dans le réseau d'*ABACUS *peuvent y être pris en raison des coûts de transition qu'entraîne l'adhésion à un nouveau réseau de chiffriers (par exemple les investissements irrécupérables dans la formation, les fichiers et les produits complémentaires) et de la perte relativement aux avantages du réseau. Si l'effet de réseau et les coûts de transition sont tangibles, les utilisateurs actuels ne changeront pas de produit tandis que les nouveaux choisiront* ABACUS, *même si son chiffrier est offert à un prix supérieur aux niveaux concurrentiels.*

*Si le marché pertinent est constitué des chiffriers compatibles au produit d'*ABACUS, *celle-ci deviendrait le seul fabricant et contrôlerait alors 100 % du marché. De plus, si les barrières à l'entrée sont élevées, ce qui est probable dans une industrie qui connaît l'effet de réseaux, le Bureau conclurait qu'*ABACUS *occupe une position dominante. Afin de déterminer si le parc de logiciels installés d'*ABACUS *joue un rôle déterminant, matériellement, dans les barrières à l'entrée, le Bureau prendrait en considération le rythme d'innovation et la possibilité, pour une nouvelle technologie, de supplanter* ABACUS *malgré ses avantages (c'est-à-dire son parc de logiciels installés et les coûts de transition). Le Bureau tenterait de déterminer également s'il y a d'autres solutions efficientes pour créer la compatibilité des chiffriers sans contrevenir aux droits de PI d'*ABACUS.

*Si le marché pertinent est constitué des chiffriers compatibles au produit d'*ABACUS *et que le Bureau concluait que ce marché pertinent était considérablement plus vaste que celui qui concerne la PI d'*ABACUS *et les produits résultant directement de l'exercice de tels droits de PI, alors le Bureau conclurait probablement qu'*ABACUS *occupe une position dominante sur le marché pertinent et que la PI représente un intrant essentiel pour les entreprises qui évoluent sur ce marché. Sur cette base, le refus d'*ABACUS *remplit les conditions de la première des deux étapes de l'analyse qu'effectue le Bureau pour déterminer s'il va présenter ou non une demande en vertu de l'article 32.*

*Ensuite, le Bureau doit déterminer si le refus d'*ABACUS *d'octroyer une licence relativement à sa PI nuit aux mesures incitant les entreprises à investir dans la recherche et le développement. Ici, les faits laissent entendre qu'il est possible que la capacité d'*ABACUS *d'imposer l'incompatibilité puisse avoir un effet dissuasif sur le développement de chiffriers plus perfectionnés. De plus, le choix d'*ABACUS *quant à sa terminologie et à sa hiérarchie de commande de menus est probablement arbitraire, ne suppose que peu d'efforts d'innovation et ne possède que peu de valeur par rapport à d'autres substituts.*

*En l'absence d'un parc de logiciels installés et des coûts de transition, la terminologie et la hiérarchie d'*ABACUS *ne seraient ni meilleures ni pires que celles de* CALCULUS *(ou d'un autre fournisseur). C'est seulement une fois que les consommateurs ont investi des sommes irrécupérables et adopté un produit, créant alors un parc de logiciels installés, que les chiffriers d'*ABACUS *deviennent le marché ou la norme et que son choix de terminologie et d'interface menus — conditions préalables à la compatibilité avec le réseau d'*ABACUS *— engendre une puissance commerciale non intentionnelle et injustifiée, situation qui peut être corrigée au moyen de mesures prises en vertu de l'article 32. Sur cette base, le Bureau conclurait probablement qu'un recours spécial exercé en vertu de l'article 32 redonnerait aux autres entreprises la stimulation nécessaire pour effectuer de la recherche et du développement de programmes de chiffrier compatibles et compétitifs.*

*Si les faits relatifs à l'affaire suggèrent une application possible en vertu de l'article 32, le Bureau exercerait un recours spécial permettant aux autres concepteurs de chiffriers d'avoir accès à la terminologie et à la hiérarchie de commande de menus d'*ABACUS.

PERSONNES-RESSOURCES AU BUREAU DE LA CONCURRENCE

Si vous avez des questions ou si vous désirez obtenir des exemplaires de cette publication, veuillez communiquer avec le Centre de renseignements.

Téléphone : (819) 997-4282
Numéro sans frais : 1 800 348-5358
ATS (pour malentendants) : 1 800 642-3844
Télécopieur : (819) 997-0324
Site Web : **http://concurrence.ic.gc.ca**

Konrad von Finckenstein
Commissaire de la concurrence
Tél. : (819) 997-3301
Téléc. : (819) 953-5013
Courriel : **vonfinckenstein.konrad@ic.gc.ca**

Gaston Jorré
Sous-commissaire principal
Fusionnements
Tél. : (819) 994-1863
Téléc. : (819) 953-6169
Courriel : **jorre.gaston@ic.gc.ca**

Robert A. Morin
Sous-commissaire
Conformité et Opérations
Tél. : (819) 953-7942
Téléc. : (819) 953-3464
Courriel : **morin.robert.a@ic.gc.ca**

Gwillym Allen
Sous-commissaire par intérim
Économie et Affaires internationales
Tél. : (819) 953-7218
Téléc. : (819) 953-6400
Courriel : **allen.gwillym@ic.gc.ca**

André Lafond
Sous-commissaire
Affaires civiles
Tél. : (819) 997-1209
Téléc. : (819) 953-8546
Courriel : **lafond.andre@ic.gc.ca**

Sous-commissaire
Affaires criminelles
Tél. : (819) 997-1208
Téléc. : (819) 997-3835
Courriel : **chandler.harry@ic.gc.ca**

Johanne D'Auray
Sous-commissaire
Pratiques loyales des affaires
Tél. : (819) 997-1231
Téléc. : (819) 953-4792
Courriel : **dauray.johanne@ic.gc.ca**

Nicole Ladouceur
Sous-commissaire adjointe
Unité des modifications
Tél. : (819) 997-2868
Téléc. : (819) 953-8535
Courriel : **ladouceur.nicole@ic.gc.ca**

Dianne Clarke
Directrice des communications par intérim
Tél. : (819) 994-4994
Téléc. : (819) 953-1877
Courriel : **clarke.dianne@ic.gc.ca**

Tandy Muir-Warden
Directrice
Politique et services de gestion
Tél. : (819) 997-1073
Téléc. : (819) 994-7588
Courriel : **muirwarden.tandy@ic.gc.ca**